

DAS ÄRZTLICHE BERUFSGEHEIMNIS

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN

FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde

eines Doktors beider Rechte, vorgelegt von

RENÉ RUSSEK

von Zürich

genehmigt

auf Antrag von Prof. Dr. Max Guldener

ZÜRICH 1954

DAS ÄRZTLICHE BERUFSGEHEIMNIS

DISSERTATION

DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

*zur Erlangung der Würde
eines Doktors beider Rechte vorgelegt*

VON RENÉ RUSSEK

von Zürich

*genehmigt auf Antrag
von Prof. Dr. Max Guldener*

ZÜRICH 1954

*Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hiedurch die Drucklegung vorliegender Dissertation,
ohne damit zu den darin
ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.*

Zürich, 8. Mai 1954

DER DEKAN: PROF. DR. H. NEF



Alle Rechte vorbehalten

Copyright 1954 by Hans Huber, Bern

In der Schweiz gedruckt • Imprimé en Suisse • Printed in Switzerland

Typographie und Druck: Benteli AG • Bern-Bümpliz

MEINEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507227_0145

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	7
Periodika	11
Abkürzungen	12
Einleitung	13

Kap. 1: Das Recht an der Geheimsphäre

§ 1 Allgemeines	17
§ 2 Der Begriff der Geheimsphäre	18
§ 3 Der Schutz der Geheimsphäre	20
I. Allgemeines	20
II. Das Zivilgesetzbuch als Rechtsgrundlage	21
§ 4 Die Verletzung der Geheimsphäre	24
I. Feststellungsklage	25
II. Klage auf Beseitigung der Störung	25
III. Unterlassungsklage	26
IV. Die Schadenersatz- und Genugtuungsklage	27

Kap. 2: Der Arzt als Vertrauensperson

§ 1 Allgemeines	31
§ 2 Arzt und Patient	32
I. Das Vertrauensverhältnis	32
II. Das Rechtsverhältnis	35
§ 3 Das öffentliche Interesse am ärztlichen Berufsgeheimnis	38
I. Allgemeines	38
II. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach StGB 321	40
§ 4 Die Offenbarung infolge Berufspflicht und Notstand	50
§ 5 Der beamtete Arzt	55

Kap. 3: Krankenkassen und Versicherungen

§ 1 Allgemeines	59
§ 2 Grundsätze für Vertrauensärzte	64
§ 3 Krankenscheine	70
§ 4 Ärztliche Atteste	78

Kap. 4: Die Anzeigepflicht an Behörden

§ 1 Die Anzeigepflicht von Krankheiten	83
§ 2 Die Anzeigepflicht von Verbrechen	84

Kap. 5: Der Arzt im Prozeß

§ 1 Der Zivilprozeß	89
§ 2 Der Strafprozeß	90
§ 3 Der Arzt als Partei	92
§ 4 Der Arzt als Zeuge	96
I. Allgemeines	96
II. Das Zeugnisverweigerungsrecht	98
§ 5 Der Arzt als Sachverständiger	113

Kap. 6: Die Edition von Krankengeschichten

§ 1 Die Krankengeschichte	121
§ 2 Die Krankengeschichte als Urkunde	126
§ 3 Die Beweiskraft der Krankengeschichte	128
§ 4 Die Edition von Krankengeschichten	131
I. Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch	131
II. Der prozeßrechtliche Vorlegungsanspruch	136
§ 5 Die Beschlagnahme von Krankengeschichten	144

LITERATURVERZEICHNIS

- Ammann, Gustav*: Die Pflicht zur Edition von Urkunden und das Verfahren nach schweizerischem Zivilprozeßrecht. Diss. Zürich 1931.
- Blaß, Heinz*: Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte. Diss. Zürich 1944.
- Bleuler, E.*: Das ärztliche Geheimnis. Schw. Zeitschrift für Unfallkunde 1924, 265.
- Blumenstein, Ernst*: System des Steuerrechts. Bd. I. 2. Aufl. Zürich 1951.
- Bossi, B.*: Protezione del segreto professionale. Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. 1924.
- Brodmann*: Über den Begriff der Urkunde. Gerichtssaal, Bd. 47, 401.
- Comtesse, F. H.*: Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch. Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht. 56. Jahrg. 1942.
- Curti-Forrer, E.*: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.
- Ebermayer, Ludwig*: Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte. Leipzig 1930.
- Egger, A.*: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Das Personenrecht. Zürich 1930.
- Egli, Hermann*: Die rechtliche Stellung des Arztes in der Krankenversicherung. Diss. Bern 1939.
- Eßlinger, Fritz*: Das Amtsgeheimnis und dessen Verletzung. Diss. Zürich 1906.
- Fleiner, Fritz*: Die Zeugnispflicht des Arztes. Schw. Zeitschrift für Unfallkunde 1925, 259.
- Garçon, E.*: Code Pénal, Tome 1^{er}. Paris 1901–1906.
- Gerland, Heinrich*: Der deutsche Strafprozeß. Mannheim 1927.
- Giacometti, Z.*: Anwaltsgeheimnis und steuerrechtliche Editionsspflicht im Kanton Zürich (aus einem Rechtsgutachten). Schweiz. Zentralblatt f. Staats- u. Gemeindeverwaltung 1944, Nr. 17.
- Giesker, Hans*: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Diss. Zürich 1905.
- Großmann, Anna Maria*: Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweiz. Strafgesetzbuches. Diss. Bern 1946.
- Guhl, Theo*: Das Schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1948.
- Guldener, Max*: Das schweizerische Zivilprozeßrecht. Band I Zürich 1947, Band II. Zürich 1948.
- Haefliger, Arthur*: Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrecht. Schweiz. Criminalistische Studien 1952, Vol. 6.
- Haußener, Werner*: Die Berufspflicht gemäß Art. 31 des Entwurfs eines schweiz. Strafgesetzbuches von 1918. Diss. Zürich 1932.
- Hafter, Ernst*: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil. 2. Aufl. Bern 1946.
- Hafter, Ernst*: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Band. Berlin 1943.
- Heim, Willy*: Le secret médical dans le Code Pénal suisse. Diss. Lausanne 1944.

- Hiestand, H.*: Rechtsfragen des Arztes. Übersicht über das schw. Arztrecht. Zürich 1936.
- v. Hippel, R.*: Der deutsche Strafprozeß. Lehrbuch. Marburg 1941.
- Holer, Oskar*: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.
- Humbert, F.*: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Kritische Bemerkungen zur Reform des ärztlichen Berufsgeheimnisses. Zürich 1912.
- Hunziker, Roy Hermann*: Die Beschlagnahme im bernischen Strafverfahren. Diss. Bern 1936.
- Hürlimann, Hans*: Der Urkundenbeweis im Zivilprozeß mit besonderer Berücksichtigung der Zivilprozeßordnung für den Kanton Zug. Diss. Freiburg 1944.
- Kaufmann, Paul*: Die Edition von Urkunden, speziell nach dem Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen. Diss. Freiburg 1951.
- Kollbrunner, Albert*: Die rechtliche Stellung des Arztes. Diss. Zürich 1903.
- Krähenbühl, Werner*: Das Zeugnisverweigerungsrecht im schweizerischen Zivilprozeß. Masch. Diss. Basel 1952.
- Kunelsky, Ludwig*: Der Sachverständige im zürcherischen Zivilprozeß. Diss. Zürich 1936.
- Künzler, Fritz*: Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB. Diss. Zürich 1951.
- Langmack*: Arzt und Medizinalgesetz im Kanton Zürich. Bulletin des Eidg. Gesundheitsamtes 1947, Nr. 39.
- Liek, Erwin*: Der Arzt und seine Sendung. München 1927.
- Locher, Arnold*: Die Hausdurchsuchung, insbesondere nach den schweiz. Strafprozeßordnungen. Diss. Zürich 1930.
- Logoz, P.*: Commentaire du Code Pénal Suisse. Neuchâtel 1939.
- Magnol, Joseph*: Cours de Droit Criminel et de science pénitenciaire. Tome II, Paris 1949.
- Marbe, Karl*: Der Psycholog als Gerichtsgutachter im Straf- und Zivilprozeß. Stuttgart 1926.
- Mastronardi, Horaz*: Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß. Diss. Bern 1936.
- Meyer-Hayoz, Arthur*: Ist ein Arzt verpflichtet, Krankengeschichten an Gerichte herauszugeben. Schweizerische Juristenzeitung 45 (1949), 3.
- Mezger, Edmund*: Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß. Archiv für die zivilistische Praxis. Tübingen 1918.
- Mittermaier, M.*: Über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden im Civilprocesse. Diss. Heidelberg 1835.
- Moll, Albert*: Ärztliche Ethik. Die Pflichten des Arztes in allen Beziehungen seiner Tätigkeit. Berlin 1902.
- Neumann, Paul*: Grenzen der Zeugnispflicht im Straf-Prozeß. Diss. Zürich 1930.
- v. Orelli, A.*: Zeugnispflicht und Zeugniszwang im schweizerischen Zivilprozeßrecht. Masch. Diss. Zürich 1947.
- Oser-Schönenberger*: Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, Zürich 1936.

- v. Overbeck, A.:* Der Schutz des Berufsgeheimnisses. Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. 1924.
- Petrzilka, W.:* Zürcher Erläuterungen zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2 Bde. Winterthur 1942.
- Placzek, S.:* Das Berufsgeheimnis des Arztes. Leipzig 1909.
- Raschle, Hans:* Die Edition von Augenscheinsobjekten im Zivilprozeß. Diss. Leipzig 1913.
- Roth:* Die Berufsgeheimhaltungspflicht des Arztes. Bulletin des Eidg. Gesundheitsamtes 1947, Nr. 40.
- Rudolf, Helmuth:* Die rechtliche Stellung des behandelnden Arztes in der sozialen Unfallversicherung. Aarau 1947. (Zürcher Beitr. N. F. 132.).
- Schaffner, M. A.:* L'autorisation de révéler un secret professionnel. Diss. Lausanne 1952.
- Scherer, Carl Wilhelm:* Begriff und Bedeutung der Berufspflicht im Strafrecht. Diss. Bern 1938.
- Schmidt, Eberhard:* Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses. München 1951.
- Schmidt, Richard:* Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1906.
- Schwander, Vital:* Das schweizerische Strafgesetzbuch. Zürich 1952.
- Schwarz, Fritz:* Das Berufsgeheimnis des Arztes im schweizerischen Strafgesetzbuch. Praxis 1942, Nr. 48, 899 (Forts. der schw. Rundschau für Medizin).
- Sieben, Alexander:* Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuches. Diss. Bern 1943.
- Specker, Karl:* Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht. Diss. Zürich 1910.
- Spengler, Alexander:* Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht. Nach deutschem und schweizerischem Recht in der rechtsvergleichenden Darstellung, unter besonderer Berücksichtigung der Strafgesetzentwürfe dieser Länder und des geltenden französischen und italienischen Rechts. Diss. Erlangen 1932.
- Spinner, J. R.:* Öffentlichrechtliche Stellung des Arztes. Diss. Berlin 1913.
- Spinner, J. R.:* Ärztliches Recht. Unter besonderer Berücksichtigung deutschen, schweizerischen und französischen Rechts. Berlin 1914.
- Stalder, Fritz:* Die Ausnahmen von der Zeugnispflicht im bernischen Strafverfahren. Diss. Bern 1937.
- v. Steiger, Egon:* Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach dem Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Diss. Bern 1934.
- Stoß, C.:* Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Basel/Genf 1892.
- Suter, H.:* Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß. Diss. Bern 1939.
- Thormann/v. Overbeck:* Das schweizerische Strafgesetzbuch, herausgegeben und erläutert. Zürich 1940.
- v. Tuhr/Siegwart:* Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Zürich 1942.

Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1948.

Ulrich, Alfred: Das ärztliche Geheimnis nach Art. 285 des Entwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Diss. Zürich 1934.

Weiß, G.: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen. Zürich 1925.

Weiß/Wolfer: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen. Band I, Zürich 1942.

Werner, Georges: Le secret professionnel. Thèse Genève 1907.

Zangger, H.: Die ärztliche Schweigepflicht. Zürich 1915.

Zangger, H.: Medizin und Recht. Die Beziehung der Medizin zum Recht, die Kausalität in Medizin und Recht und die Aufgaben des medizinisch-gerichtlichen Unterrichts. Zürich 1920.

Weitere Literaturangaben finden sich im Text

PERIODIKA

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
(Lausanne), BGE.

Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes (Basel), Praxis.

Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern), BBl.

Schweizerische Juristenzeitung (Zürich), SJZ.

Deutsche Juristenzeitung, DJZ.

La Semaine Judiciaire (Genève), Semjud.

Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel), ZSR.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern), ZStrR.

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich),
ZSGV.

Blätter für Zürcherische Rechtssprechung (Zürich), BlZR.

Schweizerische Zeitschrift für Unfallkunde, ZUK.

Schweizerische Ärztezeitung (Bern), SAeZ.

Neue Zürcher Zeitung, NZZ.

ABKÜRZUNGEN

BB	Bundesbeschluß
BG	Bundesgesetz
BRB	Bundesratsbeschluß
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen. 1848–1947
c. p.	Code Pénal
EG	Einführungsgesetz
EMV	Eidgenössische Militärversicherung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
KUVG	BG über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (Kranken- und Unfallversicherungsgesetz)
m. E.	meines Erachtens
MStrG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927
MStrGO	Militärstraßgerichtsordnung vom 28. Juni 1889
m. W.	meines Wissens
O. Ger.	Obergericht
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Regl.	Reglement
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozeßordnung
SUVA	Schweizerische Unfall-Versicherungs-Anstalt
VO	Verordnung
VVG	BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versiche- rungsvertragsgesetz)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

Wer sich an das Problem der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht heranwagt, muß sich bewußt sein, darüber keine Arbeit am grünen Tisch schreiben zu können. Wohl wird in den meisten Kulturstaaten das ärztliche Berufsgeheimnis durch das positive Recht geschützt; doch daneben bestehen derart viele Offenbarungsnormen, die alle danach trachten, den Anforderungen des täglichen Lebens gerecht zu werden, so daß man versucht wird, die ärztliche Schweigepflicht nur noch als überholte Theorie, als bloße Formalität zu betrachten, welche mit den Konzeptionen eines modernen Wohlfahrtsstaates nicht mehr länger vereinbar ist.

Zwei Weltkriege haben die in jahrhundertlangem, hartem Ringen erworbenen Persönlichkeitsrechte des Menschen erschüttert. Immer mehr wird das Individuum angeblich zugunsten des Kollektivs seiner höchstpersönlichen Rechte entkleidet, und der Einzelne ist dabei oft froh, sein eigenes Ich in den Schutz der Allgemeinheit zu stellen, um damit den Sorgen und Nöten der Zeit entledigt zu sein. Erst dann, wenn der Mensch in seiner Not und Bedrängnis der Hilfe des Menschen bedarf, und wenn selbst der Staat mit seiner Allmacht nicht das persönliche Vertrauensverhältnis zweier Menschen zu ersetzen vermag, wird es dem Einzelnen bewußt, daß trotz aller altruistisch-sozialen Weltanschauung die angeborenen immateriellen Güter der Person weiter bestehen und in individualistisch-egoistischer Weise den Schutz der Rechtsordnung begehren. Besonders der Kranke, der in seinem körperlichen oder seelischen Leiden einen Arzt aufsucht und ihm in großer Not von seiner Krankheit, seinem Vorleben und seiner Familie Geheimnisse offenbart, die er selbst seinem engsten Vertrauten nicht erzählen würde, bedarf eines staatlichen Schutzes seiner Geheimsphäre, um sich in der Gesellschaft überhaupt wohl fühlen zu können. Obwohl sich nach modernen Theorien angeblich jedes individuelle Geheimnis gegen die Wahrheit und damit gegen den Fortschritt und die soziale Entwicklung richtet, hat der Staat zur Erhaltung der Gemeinschaft für das Wohlergehen seiner einzelnen Glieder zu sorgen und dem hilfesuchenden Menschen im Interesse der Allgemeinheit ein Recht an seiner Geheimsphäre zu gewähren.

Die große soziale Entwicklung unseres Jahrhunderts hat dazu geführt, dem Bürger vielenorts die Vorteile der unentgeltlichen ärztlichen Behandlung, der unentgeltlichen Spitalpflege und des kosten-

losen Arzneibezugs angedeihen zu lassen. In manchen europäischen Ländern ist die Medizin weitgehend verstaatlicht worden, und der Arzt hat im Auftrag des staatlichen Gesundheitsdienstes die ihm zugewiesenen Patienten zu behandeln. Der Einzelne hat sich scheinbar damit abgefunden, daß der materielle Vorteil einer staatlichen Entschädigung den Verzicht auf das Berufsgeheimnis rechtfertigen soll¹. Die Sozialversicherung hat zur Abklärung ihrer Leistungspflicht jeden einzelnen Krankheitsfall zu begutachten und kann in Ausübung ihrer Rechte und Pflichten keine persönlichen Geheimnisse berücksichtigen. Daneben machen auch Gesundheits-, Steuer-, Polizei-, Gerichts- und Vormundschaftsbehörden ihre Ansprüche geltend, in Ausübung ihrer öffentlich-rechtlichen Funktionen tief in die Geheimsphäre des Einzelnen einzudringen, so daß die ärztliche Schweigepflicht in der Praxis oft illusorisch erscheint.

Uralte Standesregeln der Ärzteschaften haben anerkannt, daß das ärztliche Berufsgeheimnis, welches das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient ermöglichen und schützen soll, eine Grundvoraussetzung für die Ausübung des Arztberufes bedeutet. Vor allem die moderne Medizin, die aus den Zusammenhängen zwischen körperlichem und seelischem Geschehen immer wieder neue Erkenntnisse schöpft, ist darauf angewiesen, daß der Kranke dem Arzt Einblick in seine seelischen Vorgänge gewährt und ihm sein ganzes Vorleben offenbart, um die Diagnosenstellung zu erleichtern und den Heilvorgang zu verbessern². Lange bevor die Schweiz die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht in die kantonale und eidgenössische Rechtsordnung aufgenommen und zur allgemeinen Rechtspflicht erhoben hat, haben andere Staaten deren Bedeutung anerkannt und als allgemeines Rechtsgut durch das Gesetz geschützt. Viele sahen anfänglich im ärztlichen Berufsgeheimnis lediglich ein Privileg des Arztes, und erst im 19. und 20. Jahrhundert erkannte man die soziale Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht, welche einerseits die Geheimsphäre des Patienten, als dessen wichtiges Persönlichkeitsrecht zu respektieren und zu schützen hat, als auch andererseits im Interesse der Allgemeinheit dem Einzelnen das unerschütterliche Vertrauen zum staatlich approbierten Mediziner ermöglichen soll.

Das schweizerische Strafgesetzbuch hat seit dem 1. Januar 1942 die vorher nur in wenigen Kantonen gesetzlich verankerte Berufs-

¹ Vgl. SAeZ 1952 p. 494.

² Schwarz a. a. O. p. 899.

geheimhaltungspflicht für das gesamte Gebiet der Eidgenossenschaft zur allgemeinen Rechtspflicht gemacht. Für viele bedeutete dieser Schritt ein Novum, und auch die Ärzte sahen in der gesetzlichen Bestimmung keine neue und klare Regelung ihrer bisherigen Gewohnheiten. Die Literatur und Judikatur haben während des ersten Dezenniums seit Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches erfolgreich versucht, den verschiedenen privaten und öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen und für die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht gewisse Regeln und Richtlinien zu schaffen, welche trotz vieler Ausnahmen den Schutz des Arztgeheimnisses gewährleisten sollen. Die Aufgabe wurde dadurch erschwert, daß zur Regelung der ärztlichen Schweigepflicht Normen aus allen Rechtsgebieten zur Anwendung kommen. Die Beurteilung des Berufsgeheimnisses kann zudem nur unter Berücksichtigung der in casu sich gegenüberstehenden Interessen erfolgen, wobei in Grenzfällen, wo berechnete Interessen eine Offenbarung fordern, das Gesetz aber den Arzt nicht ausdrücklich zur Preisgabe seiner Geheimnisse berechnigt oder verpflichtet, ein modus vivendi zu treffen ist, welcher den Anforderungen des täglichen Lebens gerecht wird, auch ohne die gesetzlich statuierte Berufsgeheimhaltungspflicht preiszugeben.

Das Recht an der Geheimsphäre

§ 1 ALLGEMEINES

Neben dem instinktiven Drang zur Erhaltung des eigenen Lebens sind dem Menschen noch andere Elemente angeboren, die das Fortbestehen der Person ermöglichen und dem Individuum einen Anspruch auf Persönlichkeit bewirken. Dazu gehört außer diesem ursprünglichsten Recht am eigenen Leben die körperliche und geistige Integrität, die persönliche Freiheit, das Recht zu wirtschaftlicher und religiöser Betätigung, die Ehre, das subjektive Recht an einer eigenen Geheimsphäre u. a. m. Nicht alle diese natürlichen Güter sind unzertrennbar mit dem Begriff der Persönlichkeit verbunden; einige sind für die Selbstbehauptung des Individuums unentbehrlich, andere hätten vielleicht lediglich die heute bestehende Gesellschaftsordnung anders gestaltet, wenn sie dem Menschen von der bestehenden Rechtsordnung nicht zugesprochen würden. Das Recht hat von jeher diese, dem Menschen eigenen Güter zu schützen versucht und dafür Normen aufgestellt, welche den Forderungen der Moral und der Sitte gerecht werden sollen. Die Geschichte der Menschheit zeigt, daß der Wert dieser einzelnen Rechtsgüter zu verschiedenen Zeiten nicht immer gleich groß war. Besonders die zur ausschließlichen Erhaltung des Lebens nicht unbedingt notwendigen natürlichen Güter werden nicht nur durch die Geistesströmung der Gesellschaft als Ganzes bestimmt und erfahren so in kürzeren oder längeren Zeitabständen Veränderungen, sondern wirken auch von Mensch zu Mensch in der gleichen Epoche verschieden intensiv und bilden sehr oft den Ausdruck der betreffenden Charaktere. Wie ist vor allem in unserem Jahrhundert der Begriff von Ehre und Freiheit, ja selbst von körperlicher, geschlechtlicher und geistiger Unversehrtheit bei vielen Menschen anders geworden, während man früher für diese persönlichen Güter kämpfte, sich duellierte oder ihretwegen gar Kriege begann. Vor allem die Auffassung über das Recht an der eigenen Geheimsphäre ist heute von Mensch zu Mensch sehr verschieden. Für viele ist es heute ein leichtes, gegenüber anderen ihr Innerstes, ihren Charakter, ihre Gedanken und Erinnerungen, ihren Körper, ihre Gebrechen, ihre finanzielle Lage, ihre so-

ziale und familiäre Stellung u. a. m. zu offenbaren und ohne Hemmungen alle mit ihrer Existenz in Zusammenhang stehenden Belange einem anderen Menschen mitzuteilen. Andere dagegen sind geradezu ängstlich darauf bedacht, daß möglichst wenig von ihrem Dasein gegen außen bekannt wird, obwohl sie keinerlei Besonderheiten zu verbergen haben. Das verschieden große Bedürfnis nach der Geheimhaltung von Tatsachen des eigenen Lebens wird jedoch nicht nur durch die Auffassung des Einzelnen über Sitte und Moral bestimmt; es wird in verschiedenen Ländern auch durch politische Ideologien beeinflusst und kommt dann meist auch in der Gesetzgebung des betreffenden Staates zum Ausdruck. Allgemein erhebt jedoch das moderne Recht den Schutz der Geheimsphäre zu einem Rechtsprinzip, wobei in der Regel eine nur allgemein lautende Rechtsnorm die Verletzung der Geheimsphäre verbietet¹. Der Einzelne erhält somit ein subjektives Recht, ein Persönlichkeits- oder Individualrecht, welches sich auf die Geheimsphäre als eines der natürlichen Güter des Menschen bezieht.

§ 2 DER BEGRIFF DER GEHEIMSPHÄRE

«Geheimnis» ist ein vielfältiger, aus der Philosophie übernommener Begriff, der nur von Fall zu Fall definiert werden kann; eine allgemein gültige Regel läßt sich dabei nicht aufstellen. So fragt auch das Recht nicht nach der Art des Geheimnisses, sondern stets nach dem Geheimnisberechtigten, der in concreto an der Wahrung einer Tatsache interessiert ist und diese geheimhalten will. Sprechen wir vom Geheimnis eines anderen, so betrachten wir die geheimzuhaltende Tatsache von unserem objektiven Standpunkt aus, während sie dieser andere, um dessen Geheimnis es in Wirklichkeit geht, subjektiv in einem ganz anderen Bilde sieht. So ist vor allem auch der subjektive Wert des eigenen Geheimnisses ein ganz anderer, als er von der objektiven Seite des Dritten aus eingeschätzt werden kann. Daraus ergibt sich aber schon die immer wieder von neuem beginnende Diskussion, ob im bestimmten Falle ein Geheimnis vorliegt oder nicht. Richtig könnte diese Frage m. E. nur vom Geheimnisberechtigten selbst beantwortet werden, da nur derjenige darüber urteilen kann, dessen Geheimnis in concreto verletzt wurde, weil er den zu beurteilenden Geheimnisbruch im Zusammenhang mit seiner eigenen Per-

¹ Giesker 10.

sönlichkeit besser versteht. Besonders bei Streitigkeiten über die Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses stehen sich stets zwei Meinungen gegenüber: die Meinung desjenigen, dessen Geheimnis verletzt wurde, und diejenige des Verletzers, wobei der Richter mit seiner eigenen, in diesem Falle dritten Ansicht abzuwägen bzw. zu entscheiden hat, ob der Wille zur Geheimniswahrung oder der Entschluß zur Preisgabe nach Gesetz und Ermessen zu schützen ist. So kann weder die französische Auffassung, welche an der absoluten Wahrung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht festhält, noch das angelsächsische Recht, welches das Rechtsprinzip der ärztlichen Schweigepflicht nicht kennt, diesem Problem gerecht werden. Aber auch die schweizerische Regelung ist nur ein Versuch zur Lösung dieses vielumstrittenen Problems, da der jeweilige Begriff des Geheimnisses stets dem subjektiven Empfinden des Geheimnisberechtigten entspringt, der aus einer Vielfalt persönlicher Erwägungen und Eindrücke heraus auf der Wahrung seiner Geheimnisse als Teile seiner persönlichen Individualsphäre beharrt.

Als Geheimnis kann jede Tatsache betrachtet werden, welche der Kenntnis der Mitmenschen entzogen werden soll. Das ideale Geheimnis ist demnach dasjenige, welches nur einem einzigen Menschen bekannt ist und allein in seinem Innenleben bewußt oder unbewußt behütet wird. Unsere heutige Gesellschaftsordnung aber verlangt, ja zwingt sogar den Einzelnen, sich in die Bräuche, Sitten und Gesetze der Allgemeinheit einzuordnen, um überhaupt existieren zu können. Gewisse Geheimnisse müssen daher kraft zwingenden Rechtes an Behörden oder bestimmte Personen bekanntgegeben werden, andere geheime Tatsachen will der Geheimnisberechtigte selbst Freunden, Verwandten, Seelsorgern, Ärzten, Anwälten usw. anvertrauen, sei es, daß er sich dadurch die oft schwere Bürde, das geheimzuhaltende Gut alleine wahren zu müssen, erleichtern will, oder durch die Einbeziehung Dritter Hilfe und Verständnis in seinen menschlichen Nöten erhofft. Der Einzelne kann anderen aber noch so viele Geheimnisse offenbaren, er kann noch so viele Tatsachen seines «Ich» aus der bewußten Geheimhaltung ausschließen und sie Dritten mitteilen, immer wird eine unbestimmte Sphäre ihn umhüllen, welche weitere Geheimnisse umschließt und vor allem anvertrautes Gut Dritter enthält. So ist jeder Mensch von einer gewissen Sphäre umgeben, von einer Geheimsphäre, wie sie im theologischen und philosophischen, aber auch im juristischen Sprachgebrauch genannt wird, welche eine unbestimmte und in der Regel

auch unbewußte Summe eigener und fremder, oft weit in die Vergangenheit zurückreichender Geheimnisse umfaßt. Auch wenn täglich Geheimnisse preisgegeben oder wieder andere, neue, aufgenommen werden, ist die Geheimsphäre als Ganzes unverletzlich. In jedem Falle kann der Einzelne oder auch die Allgemeinheit nach Bedürfnis bestimmen, einzelne Geheimnisse zu irgendeinem Zweck preiszugeben; immer hat sich jedoch eine solche Offenbarung innerhalb der Schranken von Sitte, Moral und Recht zu halten. Jede unerlaubte Indiskretion würde die Verletzung eines wertvollen menschlichen Gutes bedeuten.

§ 3 DER SCHUTZ DER GEHEIMSPHÄRE

I. Allgemeines

Jede Person besitzt eine eigene Geheimsphäre, welche mit der Geburt des Individuums entsteht und mit dessen Tod endet². Ein Recht an der eigenen Geheimsphäre besteht nicht nur in der Sitte und der Moral der Völker, sondern wird auch durch Rechtsnormen der Gesetzgeber statuiert³. Die meisten Kulturländer haben Gesetze, welche entweder unberechtigte Indiskretionen verbieten oder dann den Einblick in die Geheimsphäre des Privaten ausdrücklich erlauben. Man denke vor allem an das schweizerische Strafgesetzbuch, wo zahlreiche Geheimnisverletzungen verboten sind: Die Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (StGB 162), Staatsgeheimnisse, politische und militärische Geheimnisse (StGB 267, 272, 273, 301, ferner MStrG 77, 86, 106), Wahlgeheimnis (StGB 293), Akten- und Verhandlungsgeheimnis (StGB 293), Amtsgeheimnis (StGB 320, ferner Beamtenbes. Art. 27, Angestelltenordnung des Bundespersonals Art. 26), Berufsgeheimnis (StGB 321), Postgeheimnis (Postverkehrsgesetz, PVG, Art. 57), Telephon- und Telegraphengeheimnis (Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz, TTVG, Art. 39) usw. Daneben gibt es auch viele Gesetze, welche Indiskretionen ausnahmsweise erlauben, so vor allem die Prozeßgesetze (Zeugnispflicht, Editionsspflicht, Recht auf Hausdurchsuchung usw.), ferner die Anzeigepflicht in den kantonalen

² Giesker 22.

³ «La société exige que chacun puisse compter sur la discretion d'autrui, sans avoir à craindre d'être épié dans son existence privée, et de voir sa tranquillité troublée.» (BGE 44 II 320).

Medizinalgesetzen sowie in den verschiedenen Bestimmungen über die Krankheitsbekämpfung (vide BS Band 4, Seite 345 ff.).

II. Das Zivilgesetzbuch als Rechtsgrundlage

Die Geheimsphäre als persönliches Gut des Menschen kann aber auch durch Normen respektiert werden, welche allgemein die individuellen Rechte des Bürgers garantieren und eine Verletzung oder Behinderung derselben verbieten. Im schweizerischen Zivilgesetzbuch sind es vor allem die Art. 27 und 28, welche die Persönlichkeit nach innen und nach außen schützen.

ZGB 27

Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.

Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

Als erstes Prinzip ist somit die Rechts- und Handlungsfähigkeit (ZGB 11 ff.) als Grundlage der Persönlichkeitsrechte erwähnt, indem ein Verzicht darauf als rechtlich unmöglich erklärt wird. «Demnach steht niemand das Recht zu, die eigene Persönlichkeit oder deren wesentliche Elemente zu vernichten oder aufzugeben⁴.» Keiner kann seine Freiheit derart beschränken, daß sie Recht und Sittlichkeit verletzen würde, und jeder Richter hätte von Amtes wegen, kraft zwingenden Rechtes, ein solches Rechtsgeschäft oder eine solche Erklärung als nichtig zu betrachten⁵. Es gibt Individualrechte, welche offensichtlich unter den Begriff der unzulässigen Freiheitsbeschränkung fallen können, sofern ihr Träger darauf ganz oder teilweise verzichten würde. Andere Persönlichkeitsrechte lassen sich dagegen starke Beschränkungen auferlegen, ohne daß ein solches Vorgehen das Recht oder die Sittlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB verletzt. Es kann niemand rechtlich in die eigene Tötung einwilligen und damit auf das Recht am eigenen Leben verzichten; keiner kann sich gültig verpflichten, seine Konfession zu ändern, keine Ehe einzugehen, seine soziale Stellung oder sein wirtschaftliches Fortkommen total zu ruinieren usw. Es handelt sich bei diesen Beispielen um Persönlichkeitsrechte, welche grundsätzlich keine Beschränkung ertragen.

⁴ Tuor 72.

⁵ Curti-Forrer 27, Egger 219.

Dagegen kann der Einzelne in großem Maße über seine Geheimsphäre verfügen und eigene Geheimnisse nach Belieben preisgeben, sofern er dadurch keine berechtigten Interessen von Dritten verletzt. Auch eine Verpflichtung zur Geheimnisoffenbarung müßte nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit rechtlich als erlaubt betrachtet werden, sofern sie sich auf einen bestimmten Umfang der Geheimsphäre bezieht, so daß dadurch das Persönlichkeitsrecht als solches nicht untergeht oder gefährdet würde. Eine Erklärung aber oder ein Versprechen, welches einem Dritten auf die Dauer ein Recht einräumt, vom Individualberechtigten die Preisgabe persönlicher Geheimnisse zu fordern, würde gegen das Recht oder die Sittlichkeit im Sinne von ZGB 27 verstoßen und demnach rechtlich ungültig sein. Ja selbst wenn sich eine solche Abmachung nur auf ein bestimmtes Gebiet der Geheimsphäre, z.B. auf Geheimnisse über den Gesundheitszustand beschränken sollte, würde dieser Verzicht die vernünftigen Schranken von Recht und Sittlichkeit überschreiten. «Es bedürfte dann der präsenten Zustimmung im Zeitpunkt der Veröffentlichung; eine vorher eingegangene Verpflichtung hierzu bestünde nicht zu Recht⁶.»

ZGB 28

Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.

Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig.

Dieser Gesetzesartikel schützt grundsätzlich die persönlichen Güter des Einzelnen gegen Angriffe durch Dritte von außen, während der Art. 27 ZGB die Unveräußerlichkeit oder die zu starke Beschränkung der Persönlichkeit verbietet und somit das Individuum vor sich selbst zu schützen sucht. Wie der Einzelne sich mit seinen öffentlich-rechtlichen Freiheitsrechten gegen ungesetzliche Eingriffe des Staates wehren kann, schützt er seine Person und die mit ihr untrennbar verbundenen Individualrechte gegen Verletzungen durch Dritte mit der privatrechtlichen Norm des ZGB 28. Diese Bestimmung hat als *lex generalis* allgemeine Bedeutung und richtet sich gegen jedermann. Es werden keine einzelnen Individualrechte aufgezählt, und die geschützten Güter ergeben sich wie bei Art. 27 ZGB aus dem Gesetz oder aus dem Gewohnheitsrecht, da die Persönlichkeitsrechte wie ihr Träger selbst durch innere und äußere

⁶ Egger, Komm. zu ZGB 27 p. 230 Nr. 4.

Einflüsse verändert werden, ja sogar als Individualrechte untergehen oder neu entstehen können. «Ein Katalog, welcher alle Persönlichkeitsrechte enthalten sollte, würde nie den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden⁷.» Wo aber im Gesetz ein persönliches Gut durch eine besondere Bestimmung geschützt wird, ist diese als *lex specialis* dem Art. 28 ZGB vorzuziehen, welcher ja seinerseits dem Einzelnen lediglich ein allgemeingültiges subjektives Privatrecht verleiht, wobei stets der Richter nach freiem Ermessen zu prüfen hat, ob in concreto ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, so daß der Schutz der Persönlichkeitsrechte durch das Gesetz zur Anwendung kommen kann.

Die Geheimsphäre als Rechtsgut des Menschen wird vor allem durch die privatrechtliche Norm des Art. 28 ZGB vor Verletzungen geschützt. Dabei muß jedoch stets der Geheimhaltungswille der Umwelt erkennbar sein, so daß der besondere Wert des Geheimnisses gegen außen offenbar wird. Das kann dadurch geschehen, daß die geheimzuhaltende Tatsache durch ein körperliches Hindernis oder durch eine Distanzierung von der Umwelt der allgemeinen Wahrnehmbarkeit entzogen wird, oder daß der Geheimnisträger durch sein Verhalten das besondere Interesse an der Wahrung seiner Geheimnisse bekundet, so daß demnach durch das unerlaubte Eindringen von Unbefugten die Geheimsphäre verletzt wird⁸. Die Kenntnisaufnahme ist dann eine widerrechtliche und stellt ein Zivildelikt dar, gegen welches sich der Private auf Grund des von Art. 28 ZGB gewährten Schutzes wehren kann.

Bei Fällen von Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses wird wohl kaum je von einem widerrechtlichen Eindringen in eine fremde Geheimsphäre die Rede sein können. Der Arzt erfährt in der Regel freiwillig die Geheimnisse seines Patienten, selbst solche, welche dieser sonst sorgfältig in seinem Innenleben birgt. Oft erzählt ihm der Kranke sogar von privaten Angelegenheiten dritter Personen und macht damit den Arzt nicht nur zum Mitwisser seiner eigenen, sondern auch fremder Geheimnisse. Selbst da, wo der Arzt Krankheiten entdeckt, die dem Patienten unbekannt oder nicht erkennbar sind, dringt er nicht widerrechtlich in dessen Individualsphäre ein, da der Kranke ja bewußt die Untersuchung seines Gesundheitszustandes verlangt. Trotzdem aber der Arzt mit Willen des Individualberechtigten dessen Geheimnisse erworben hat, ist er

⁷ Egger, Komm. zu ZGB, Bd. 1, Ausg. 1910 p. 103.

⁸ Dazu Giesker 30.

geheimhaltungspflichtig, und der Patient braucht sich Indiskretionen nicht gefallen zu lassen. Zwar liegt es im Ermessen des Richters, zu beurteilen, inwieweit eine Indiskretion schlechthin als unbefugt bzw. als unerlaubte Handlung gelten soll; allgemein verletzt jedoch der Arzt die Rechtsnorm des Art. 28 ZGB, wenn er anvertraute Tatsachen und eigene Feststellungen über den Gesundheitszustand seines Patienten ohne dessen Einwilligung an Dritte offenbart⁹. Dabei wird der von einer zur Geheimhaltung verpflichteten Berufsperson begangene Geheimnisbruch nach strengem Maßstabe beurteilt werden, da der Patient zur Heilung seiner Krankheit genötigt war, seine Geheimnisse dem Arzte preiszugeben. Zugleich wird auch das schutzwürdige Interesse um so größer, je mehr der Gesetzgeber selbst die Geheimhaltung verlangt und dazu spezielle Gesetzesbestimmungen aufstellt, wie es bei der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht *expressis verbis* der Fall ist. Auch wenn aber dieses ärztliche Schweigegebot in verschiedenen Normen unseres Rechtes gefordert wird (Strafgesetzbuch, Prozeß- und Medizinalgesetze usw.), bleibt der Schutz des Rechtsgutes nach Art. 28 ZGB bestehen, so daß der Private sein verletztes Persönlichkeitsrecht nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber der zur Geheimhaltung verpflichteten Berufsperson privatrechtlich verteidigen kann.

§ 4 DIE VERLETZUNG DER GEHEIMSPHÄRE

Jedes Individuum hat einen moralischen und rechtlichen Anspruch auf die Respektierung seiner Geheimsphäre. Obwohl es in erster Linie ein Gebot der Anständigkeit ist, berechnigte Geheimnisse zu wahren, gewährt auch das moderne Recht dem Bürger einen Schutz seiner Geheimsphäre und erhebt somit dieses im Menschen vorhandene sittliche Pflichtgefühl zu einer Rechtspflicht¹⁰. Wer demnach in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, kann gegen diese Störung Klage erheben, denn das Persönlichkeits- oder Individualrecht kann ähnlich wie andere Rechte (z.B. das Eigentumsrecht) grundsätzlich geltend gemacht werden¹¹. Das Zivilrecht kennt folgende Schutzmittel:

⁹ Weiß 1925 p. 92, BGE 44 II 319.

¹⁰ Lohsing, SJZ 1942 p. 79.

¹¹ Giesker 183.

I. Feststellungsklage

Bei einer Verletzung der Geheimsphäre wird eine Feststellungsklage in der Regel wenig nützen, da der Betroffene an einer bloßen Konstatierung der widerrechtlichen Geheimnisoffenbarung wohl kaum großes Interesse haben wird¹². Zudem ist die Feststellungsklage wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen (im Sinne von ZGB 28) nicht zulässig, wenn die Störung abgeschlossen in der Vergangenheit liegt¹³; und da vom Träger eines verletzten Persönlichkeitsrechts zudem ein Interesse an der Feststellung nachgewiesen werden muß, ist die Möglichkeit dieser Klageform bei einer Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht gering. Es wird jedoch im 6. Kap. dieser Arbeit auf die eventuelle Notwendigkeit der Feststellungsklage hingewiesen werden, wo u. U. das Interesse bestehen kann, eine gewisse Wirkung des Persönlichkeitsrechtes feststellen zu lassen; so ob z. B. in concreto eine Krankengeschichte, welche Geheimnisse des Individualberechtigten enthält, der Editionsspflicht zu entziehen ist, oder ob etwa ein Dritter für bestimmte Angelegenheiten geheimhaltungspflichtig ist oder nicht.

II. Klage auf Beseitigung der Störung

Ähnlich wie die Feststellungsklage hat auch die Klage auf Beseitigung der Störung bei der Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht keine große Bedeutung, weil damit «nur die Störungshandlung selbst, nicht aber die Auswirkung der Verletzung getroffen wird¹⁴». Voraussetzung dafür ist, daß zur Zeit der Klageerhebung die störende Handlung entweder bevorsteht oder noch andauert¹⁵. Allerdings kann bei Fällen von Verletzung des Berufsgeheimnisses ein Anspruch auf Beseitigung der Störung gegeben sein, dann nämlich, wenn eine Verletzung der Geheimsphäre unmittelbar zu befürchten ist oder dieses persönliche Rechtsgut schon in Frage steht. Beispiele:

1. Es kann vorkommen, daß ärztliche Zeugnisse, Gutachten, wissenschaftliche Berichte mit Namensnennung, Röntgenaufnahmen usw. absichtlich oder unabsichtlich in Original oder in Kopie an falsche Personen gelangen (z. B. bei Krankenkassen, bei Versiche-

¹² Blaß 77, Guldener I 210 ff.

¹³ BGE 67 II 44, ebenso BGE 48 II 13, 30 II 119.

¹⁴ Blaß 77.

¹⁵ Egger Art. 28 p. 266/67.

rungen, bei Behörden, beim Arbeitgeber usw.). Damit erfahren Dritte zu Unrecht von den persönlichen Angelegenheiten eines anderen, welche dieser als seine privaten Geheimnisse selbst verschweigen will (vide BGE 44 II 319).

2. Hin und wieder erscheinen im Buchhandel Veröffentlichungen von Ärzten oder Rechtsanwälten, wo entweder als Lebenserinnerung in Form einer Erzählung oder als wissenschaftliche Abhandlung von verschiedenen Fällen aus der Praxis berichtet wird. Dabei kann es vorkommen, daß berechtigte Interessen ehemaliger Patienten oder Klienten verletzt werden, indem speziell bei Namensnennung oder Veröffentlichung von Photographien die Geheimsphäre der betreffenden Personen unbefugt verletzt wird (vide BIZR 1942, Nr. 15).

Der Einzelne kann daher auf dem Rechtswege verlangen, daß die beeinträchtigende Störung seines Persönlichkeitsrechtes ein Ende nehme, indem z. B. das denunzierende Buch dem Handel entzogen wird oder der unrechtmäßige Besitzer das ärztliche Zeugnis, das Gutachten oder die Röntgenaufnahme herausgeben muß.

III. Unterlassungsklage

Ähnlich wie der Anspruch auf Beseitigung der Störung kann die Klage auf Unterlassung der Störung gegeben sein. Wenn ein persönliches Rechtsgut in Frage steht und eine Verletzung desselben zu befürchten ist, hat der Einzelne das Recht, sich gegen diese künftige Schädigung zu sichern, bevor das zu erwartende Ereignis eintritt. In bezug auf seine Geheimsphäre hat er ein Interesse, die weitere Kenntnisvermittlung seiner Privatgeheimnisse zu verhindern und sich besonders nach einer bereits erfolgten Geheimnisverletzung vor erneuten Störungen zu schützen. Beispiele:

1. In verschiedenen Höhenkurorten der Schweiz war es bis vor kurzem üblich, daß Neuaufnahmen von an Tbc erkrankten Patienten in die Sanatorien im überall käuflichen Lokalanzeiger veröffentlicht wurden.

2. Es ist heute noch üblich, daß verschiedene Spitäler allgemein zugängliche Namensregister der Krankenhauspatienten führen, so daß auch Unbefugte sehr leicht, oft sogar durch einen bloßen Telefonanruf erfahren können, daß sich z. B. der berühmte Sänger XY in der dermatologischen Klinik in Z befindet.

Der durch diese Indiskretion Betroffene hat demnach mit einer Unterlassungsklage die Möglichkeit, die zu Unrecht übliche Na-

mensnennung in der Lokalzeitung zu verhindern oder die Indiskretion des Telephonpersonals im Krankenhaus zu verbieten.

Bei der Unterlassungsklage genügt schon die Besorgnis, daß eine Verletzung der Geheimsphäre bevorsteht, so daß diese drohende Indiskretion durch richterliches Verbot verhindert werden soll. Auch wenn das Verhalten des Täters aus entschuldbarem Irrtum heraus oder gar in unzurechnungsfähigem Zustande erfolgte, hat der Einzelne die Möglichkeit, mit einer Unterlassungsklage die Einstellung der verletzenden Tätigkeit zu verlangen und somit sein persönliches Recht an der eigenen Geheimsphäre zu schützen¹⁶.

IV. Die Schadenersatz- und Genugtuungsklage

Das Zivilgesetzbuch gibt in Art. 28 Abs. 1 ZGB dem Einzelnen zum Schutze seiner Persönlichkeit ein Klagerecht, wie es in den Bemerkungen zur Feststellungsklage sowie bei der Klage auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung angeführt wurde. Dabei kann der Richter die subjektiven Persönlichkeitsrechte lediglich schützen; er kann aber die Verletzung als solche durch seinen richterlichen Entscheid nicht wieder gutmachen. Dafür gestattet der Art. 28 Abs. 2 ZGB neben den erwähnten Klageformen eine Klage auf Schadenersatz oder Genugtuung, jedoch nur für die im Gesetze selbst vorgesehenen Fälle (z. B. ZGB 29: bei Verletzungen des Namenrechtes; ZGB 92: bei Verlöbnißbruch; ZGB 151: bei Ehescheidungen; ZGB 318: bei Vaterschaftsklagen; OR 41 ff.: bei unerlaubten Handlungen; ferner auch in Spezialgesetzen, insbesondere Haftpflichtgesetzen.).

Die Verletzung der Geheimsphäre bildet eine Widerrechtlichkeit eines nach Art. 28 ZGB geschützten Gutes des Menschen, und der Einzelne hat das Recht, den Täter für jeden erlittenen Schaden zur Verantwortung zu ziehen und dafür angemessenen Ersatz zu fordern. Der unbefugte Charakter dieser Verletzung bedeutet eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 ff. OR und begründet durch das widerrechtliche Verhalten des Täters eine Haftung gemäß den erwähnten Bestimmungen des Obligationenrechts. Dabei gilt im speziellen der Art. 49 OR, welcher als sinngemäße Ergänzung von ZGB 28 den Schutz der persönlichen Verhältnisse zum

¹⁶ Specker 357, dazu ausführlich: Fritz Schulte: «Verhältnis des Persönlichkeitsrechts zur Unterlassungsklage» (Diss. Göttingen 1933), ferner Guldener I 209.

Ziele hat, indem er dem Betroffenen im Falle einer Verletzung Schadenersatz und Genugtuung gewährt.

OR 49

Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung.

1. *Die Schadenersatzklage:* Eine Klage auf Schadenersatz ist dann gegeben, wenn mit der widerrechtlichen Verletzung der Geheimsphäre eine Vermögensschädigung eingetreten ist¹⁷. Notwendig ist dazu ein Verschulden des Täters, ein schuldhaftes Offenbaren, wobei sich allerdings dieses Verschulden in der Regel nach den persönlichen Verhältnissen, nach der subjektiven Stellung des Schädigenden in der Gesellschaft richtet. Es wird wohl kaum je ein Arzt seine Berufsgeheimhaltungspflicht verletzen, weil er mit Absicht durch diese Tat jemandem schaden will; er würde sich dadurch nicht nur strafbar und haftbar machen, sondern seine Existenz als Arzt gefährden, indem er durch sein widerrechtliches Verhalten auf krasse Weise gegen die Standesregeln der Ärzteschaften verstoßen sowie gegen Bestimmungen verschiedener kantonaler Medizinalgesetze handeln würde (z.B. Zürcher Med. Ges. § 11, in der Neufassung vom 8. Juli 1951). Dafür kann eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht aus grober Fahrlässigkeit heraus begangen werden, indem es der Arzt an der nötigen Sorgfalt fehlen läßt, die ihm anvertrauten fremden Geheimnisse nicht weiterzuverbreiten. Da aber auch eine solche Fahrlässigkeit nach Art. 41 ff. OR eine unerlaubte Handlung darstellen kann, wird der Richter wohl in jedem Falle an den Arzt als qualifizierte Berufsperson sehr hohe Anforderungen in bezug auf dessen Sorgfaltspflicht und Verschwiegenheit stellen müssen. Der Arzt, welcher sich ständig mit dem moralischen und rechtlichen Problem der Berufsgeheimhaltungspflicht befassen muß, wird sich wohl stets der Rechtswidrigkeit und der schädigenden Wirkung einer Verletzung des ärztlichen Schweigegebots bewußt sein müssen, und deshalb kann bei ihm wohl kaum von einem entschuldbaren Irrtum die Rede sein, falls er widerrechtlich sein Berufsgeheimnis verletzt.

¹⁷ Begriff des Schadens: «Ein Schaden ist dann entstanden, wenn das gegenwärtige Vermögen des Geschädigten geringer ist, als es vor Eintritt des schädigenden Ereignisses war.» BGE 64 II 138.

Bei einer Schadenersatzklage wegen unerlaubter Verletzung der Geheimsphäre wird wohl kaum die erlittene Vermögensschädigung genau nachgewiesen oder ziffernmäßig bestimmt werden können (OR 42). Der Richter hat somit nach freiem Ermessen den wirklich entstandenen Schaden zu bestimmen und dem in seinem Vermögen Geschädigten realen Ersatz zu gewähren (OR 43)¹⁸.

2. *Die Genugtuungsklage*: Weit häufiger ist aber bei einem Verstoß gegen die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht die Möglichkeit einer Genugtuungsklage gegeben, obwohl aus OR 49 deutlich hervorgeht, daß der Gesetzgeber den Erfolg dieser Klageart von einer besonderen Schwere der Verletzung und des Verschuldens abhängig macht. Der Art. 49 OR erklärt zwar allgemein neben dem Schadenersatz für Vermögensschaden die Zulässigkeit einer Genugtuungsklage, womit dem Verletzten für das ihm zugefügte psychische Unrecht (*tort moral*), für die seelische Kränkung, welche er durch die rechtswidrige Preisgabe seiner persönlichen Geheimnisse erleidet, ein Anspruch auf Genugtuung (*réparation morale*) gegeben wird. Diese Genugtuung bezweckt nicht direkt eine Strafe für den Täter¹⁹, sondern gewährt dem in seinen persönlichen Rechten Verletzten eine psychologische Wiedergutmachung des zugefügten Unrechts. In der Regel besteht die Genugtuung in der Verurteilung des Täters zur Bezahlung einer Geldsumme, wodurch der Verletzte eine Satisfaktion für den erlittenen nichtökonomischen, ideellen Schaden erhält. Schon die richterliche Verurteilung allein kann es dem Geheimnisberechtigten erleichtern, über die erlittene Kränkung hinwegzukommen; doch da die Möglichkeit eines Urteils, welches lediglich die richterliche Mißbilligung der widerrechtlichen Tat enthält, aus prozeßrechtlichen Gründen zweifelhaft ist, wird dem Kläger eine Genugtuungssumme zugesprochen, womit bei speziellen Umständen auch eine Urteilspublikation verbunden werden kann²⁰. Besonders bei Fällen von Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht kann das im Gesetz postulierte Erfordernis der «besonderen Schwere» oft vorhanden sein, weil es sich dabei in der Regel um kompromittierende Geheimnisse über z.T. intime Angelegenheiten des Patienten handelt, mit welchen unbefugte Mitwisser bewußt oder unbewußt großes Unheil anrichten können. Der Arzt wie auch seine Hilfspersonen sind zugleich auch durch die strafrechtliche Bestim-

¹⁸ BGE 45 II 543 ff., 57 II 202 ff., 58 II 32 ff., 64 II 205 ff., BIZR 1953 Nr. 195.

¹⁹ Von Tuhr 117.

²⁰ Von Tuhr 119.

mung des Art. 321 StGB an die Wahrung des Berufsgeheimnisses gebunden, so daß bei einer Verletzung dieser beruflichen Schweigepflicht, welche sowohl strafrechtlich als auch zivilrechtlich gefordert wird, in der Regel der Tatbestand der «besonderen Schwere des Verschuldens» erfüllt wird. In den meisten Fällen wird aber die Beurteilung des ideellen Schadens nicht leicht sein, da die subjektive Bewertung des erlittenen Unrechts durch den Verletzten von der objektiven richterlichen Wertmessung des preisgegebenen Geheimnisses stark verschieden sein kann.

Der Arzt als Vertrauensperson

§ 1 ALLGEMEINES

Die medizinische Wissenschaft hat in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts eine außerordentlich rasche Entwicklung durchgemacht, und erst die während der vergangenen Dezennien erreichten Fortschritte haben dem Arztberuf zu seiner hervorragenden Stellung in der heutigen Gesellschaft verholfen. Durchblättert man die Zeittafel zur Geschichte der Medizin, so erkennt man, daß schon im alten Orient, sicher aber zur Zeit des klassischen Altertums beachtenswerte Anfänge von Heilmethoden vorhanden waren. Heute noch überlieferte Schriften des Hippokrates (z.B. corpus hippocraticum, ca. 450 v. Chr.) zeugen von einer für jene Zeit hochentwickelten Naturphilosophie, welche als philosophisch-medizinische Theorie in Ärzteschulen der Alten Welt gelehrt wurde, wo man sich damals schon neben Diagnostik, Chirurgie und Gynäkologie mit der ethischen Berufsauffassung der Jünger Äskulaps befaßte. Die Ansichten und Lehren der Antike über die Krankheitsbehandlung wirkten sich bis weit in das Mittelalter aus, und erst die Zeit der Scholastik und das Interesse an den Naturwissenschaften als Folge des Humanismus brachten es mit sich, die herrschenden Ansichten von Grund auf zu erneuern. Aber erst die großen Entdeckungen der vergangenen Jahrhundertwende (1882: Tuberkelbazillus, 1895: Röntgenstrahlen, 1898: Radium, 1905: Syphiliserreger usw.) gestatteten es, die Geheimnisse des Lebens tiefer zu ergründen und vor allem auch die verfeinerten Heilmethoden der menschlichen Krankheiten auf den heutigen hohen Stand der medizinischen Wissenschaften zu bringen.

Der moderne Arzt steht mitten in der schnellen Entwicklung der Medizin. Es ist seine Aufgabe, sich nicht nur an staatlich anerkannten Instituten ein vielseitiges Wissen anzueignen und über seine Fähigkeiten in einer staatlich vorgeschriebenen Prüfung¹ Rechen-

¹ BG betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schw. Eidgenossenschaft v. 19. Dez. 1877, Regl. für die eidg. Medizinalprüfungen v. 22. Jan. 1935. Vgl. betr. der Pflicht des Arztes, sich über die Fortschritte der med. Wissenschaften auf dem laufenden zu halten BGE 1938 II 207, 1940 II 36; 1953 I 117.

schaft abzulegen, sondern sich auch später noch während der Berufsausübung nach den neuesten Ergebnissen von Forschungen und Entdeckungen weiterzubilden. Daneben ist er wie jeder andere der Unbill der Zeit ausgesetzt und muß sich im Konkurrenzkampf gegen materielle Einflüsse der Umwelt wehren. Der Staat spannt ihn in ein großangelegtes System der sozialen Fürsorge ein und entwickelt zudem den Arztberuf in modern eingerichteten Universitätsspitalern und Forschungsstätten zu einem eigentlichen Spezialistentum. Daneben wird der Mediziner mit vielen Schreifarbeiten wie Gutachten, wissenschaftlichen Berichten, Ausstellen von ärztlichen Attesten aller Art sowie durch formalisierte Abrechnungsmethoden mit den Krankenkassen und Versicherungen unnötig belastet, und findet vielenorts kaum mehr Zeit, als bezahlter Funktionär eines staatlichen Gesundheitsdienstes (z.B. in Großbritannien) die ihm zugewiesenen Patienten zu behandeln². Die einstmals hochgepriesene Berufung zum Arztberuf ist vielenorts Illusion geblieben; das Verhältnis zwischen Arzt und Patient hat sich entpersönlicht, und der Mediziner ist oft froh, wenn er in der scharfen Kritik seiner Zeitgenossen nicht als bloßer Gewerbetreibender betrachtet wird.

§ 2 ARZT UND PATIENT

I. Das Vertrauensverhältnis

Die eigentliche Aufgabe des Arztes kann nur derjenige ermessen, welcher einmal in großer Not seine Hilfe beanspruchen mußte und dabei erkennen konnte, daß die Leistung des Arztes auf einem Gebiet liegt, auf dem eine wirkliche Entlohnung gar nicht möglich ist³. Aufgabe des Arztes bleibt trotz anderen entgegenlautenden modernen Konzeptionen, dem Menschen in seinen Leiden zu helfen und ihn vor künftiger Krankheit zu schützen. Damit erfüllt er nicht nur eine Mission an seinen Mitmenschen, sondern hilft auch dem Staate, eine gesunde Bevölkerung zu erhalten. Der heutige Stand der modernen Medizin verlangt ein umfassendes Wissen, nicht nur über die vielfältigen Heilmethoden, sondern vor allem auch über die Person des Kranken. Die Zeit der einfachen Untersuchung von Zunge, Puls und Harn ist verschwunden, und nur die erschöpfende Aus-

² Vide NZZ 14. Jan. 1953: «Die verstaatlichte Medizin in England», SAeZ 1953 p. 163, 218, ferner SAeZ 1954 p. 123 ff.

³ Lick 49, K. Jaspers in SAeZ 1953 p. 253 ff.

kunft des Patienten über Heredität, Anamnese u.a.m. gibt dem Arzte die Möglichkeit, eine genaue Diagnose zu stellen und mit der zweckmäßigen Therapie rechtzeitig einzusetzen⁴. Man denke dabei vor allem an den verantwortungsbewußten Psychiater, der nur durch systematisches Abpunktieren des Innenlebens, nur auf Grund der Kenntnis über die kleinsten und intimsten Begebenheiten seines Exploranden ein genaues Krankheitsbild erhalten kann.

Wenn wir heute vom Arzte sprechen, so denken wir an eine Berufsperson, welche auf Grund einer vielseitigen wissenschaftlichen Schulung die Fähigkeit besitzt, die unter der Hautoberfläche verborgenen Krankheiten zu erkennen und Linderung in unseren Leiden zu verschaffen. Dazu ist es aber notwendig, daß wir unseren kranken Körper, den wir sonst schamvoll umhüllen, preisgeben und dem Arzte unsere innersten Geheimnisse erzählen, damit er eine möglichst genaue Diagnose unserer Krankheit stellen kann. Wir wählen dabei wohl stets einen Arzt, der durch seine Persönlichkeit Vertrauen in uns erweckt und dessen innere und äußere Haltung den Glauben bestärkt, daß wir bei ihm die gehoffte Heilung finden können. Der Arzt muß uns unabhängig und frei entgegentreten können, so daß wir das Gefühl haben, daß sich jemand unser annimmt und uns dort seine Hilfe zukommen läßt, wo wir mit unserem eigenen Wissen und unseren beschränkten Möglichkeiten am Ende sind, um das durch kein Gut in der Welt zu ersetzende gesunde Leben zu retten.

Vielenorts wird der Hausarzt, welcher nicht nur gegenüber dem einzelnen Patienten, sondern einst auch für dessen ganze Familie eine qualifizierte Vertrauensstellung einnahm, durch den Facharzt verdrängt. Die Fortschritte der medizinischen Wissenschaften verlangen die Einteilung der allgemeinen Heilkunde in verschiedene Einzelgebiete, wo der speziell dazu ausgebildete Arzt trotz seines umfassenden Wissens über die allgemeine Medizin einen begrenzten Wirkungskreis findet und innerhalb dieses Machtbereichs seine Tätigkeit ausübt. Es ist heute beinahe unmöglich, daß der einzelne Arzt das sich ständig erweiternde medizinische Wissen als Ganzes beherrschen kann, und so wendet er sich eben in jahrelanger Spezialausbildung einem besonderen Fachgebiet zu, um als Spezialist in seinem Berufe die seiner harrenden Aufgaben erfüllen zu können. Dabei entsteht jedoch selten ein echtes Vertrauensverhältnis zwischen Mediziner und Kranken, und der sachverständige Spezialist

⁴ Placzek 35.

versucht heute vielenorts die Stellung des Freundes und Beraters zu ersetzen, welche früher der Hausarzt eingenommen hat. Nun sind es aber gerade diese Fachärzte, welche auf Grund ihrer besonderen Berufsausbildung ein kompliziertes Leiden ergründen können und dazu aber auch tief in die persönliche Sphäre ihrer Patienten eindringen müssen. Es ist somit notwendig, daß der Kranke sich dem freigewählten Arzte unbedingt anvertrauen kann, und dieser hat andererseits das größte Interesse, den Patienten und die mit seiner Krankheit zusammenhängenden Umstände kennenzulernen. Die Ausübung des Arztberufes würde ohne dieses gegenseitige unumschränkte Vertrauen verunmöglicht werden.

Das Vertrauen zum Arzt kann jedoch nur dann begründet sein, wenn der Patient an die absolute Wahrung seines Geheimnisses glauben kann. Es gibt im Leben vielerlei Dinge, welche der Einzelne geheimhalten will; doch wird er besonders eigene Krankheiten des Körpers und der Seele, welche oft sogar den engsten Angehörigen oder Freunden verborgen sind, nur dann jemandem anvertrauen, wenn ihn gravierende Umstände dazu veranlassen. Es liegt in der Natur des Menschen, daß er erst in starker physischer und psychischer Bedrängnis jemandem seine innerste Geheimsphäre offenbart und dadurch vielleicht seine soziale und wirtschaftliche Stellung in der Gesellschaft gefährdet. Wer würde zum Beispiel freiwillig von schlimmsten Jugendverirrungen des Geschlechtslebens erzählen, von einer unehelichen Abstammung, die bis anhin der Umgebung unbekannt war, von Verfehlungen oder Geisteskrankheiten der Eltern, oder auch nur von im allgemeinen belanglosen, für den Betroffenen jedoch bedeutungsvollen Krankheiten und Tatsachen wie: Bettnässen, Hämorrhoiden, Ekzemen, Impotenz, Schwangerschaftsunterbrechungen u. a. m., von denen bisher niemand etwas wußte. Es sind das alles Leiden und Tatsachen, welche die Umwelt nichts angehen und höchstens die Sensationsgelüste anderer befriedigen würden.

Das gegenseitige Vertrauen zwischen Arzt und Patient ist demnach eine *conditio sine qua non* für die Ausübung des Arztberufes. Diese tiefgreifende Erkenntnis kommt in uralten Standesregeln zum Ausdruck, welche für den Arzt Grundsätze aufstellten, noch bevor das positive Recht dafür besondere Gesetzesnormen statuierte (schon der Eid des Hippokrates postulierte die Berufsgeheimhaltungspflicht für Ärzte ^{5, 6}). Die verschiedenen Ärzteschaften haben von jeher ver-

⁵ Ebermayer p. 43, zitiert die Stelle des hippokratischen Schwures «Hippokratis Magni orkos sive jusjurandum»: «Was ich aber während der Behandlung

sucht, ihre Standesinteressen durch spezielle, für ihre Mitglieder verbindliche Verhaltensmaßregeln zu wahren, und sie haben sogar eigene Ehrengerichte bestimmt, welche Verfehlungen gegen die ärztliche Schweigepflicht ahnden sollen⁷. Während jedoch die Standesregeln aus dem Bedürfnis heraus geschaffen wurden, den Arztberuf in der Gesellschaft zu schützen, indem dem einzelnen Mitglied aus reinem Selbsterhaltungswillen bestimmte Berufspflichten auferlegt werden, haben vor allem die Kantone in Medizinalgesetzen Bestimmungen aufgestellt, welche sich speziell mit den Verhaltensmaßregeln der approbierten Ärzte befassen. Die Mehrzahl der Kantone kennt in diesen Spezialgesetzen eine Schweigepflicht für Medizinalpersonen und statuiert auch besondere Strafsanktionen für die Verletzung des Berufsgeheimnisses. Vielenorts werden Ärzte bei der Zulassung zur Berufsausübung vereidigt und haben die Treue zu ihren gesetzlichen und ethischen Berufspflichten zu geloben. Ein besonders schönes Beispiel der ärztlichen Berufsauffassung bildet die Eidesformel des Kantons Freiburg. Sie lautet⁸:

«Ich gelobe und schwöre vor Gott, meinen Beruf mit aller Gewissenhaftigkeit gegen Arme wie gegen Reiche auszuüben, und die Pflichten, welche mir durch die Gesetze und Reglemente auferlegt werden, getreu zu erfüllen, diejenige Verschwiegenheit, Rücksicht und Schonung zu beobachten, welche die Ausübung meines Berufes erfordert, in allen Berichten, wozu ich aufgefordert werden sollte, ohne Übertreibung oder Verheimlichung, die lautere Wahrheit zu befolgen, und hiefür weder Geschenke noch Gunstbezeugungen anzunehmen, überall, wo die Regierung meiner Dienste bedarf, ihr zur Verfügung zu sein, und überhaupt allen Obliegenheiten meines Amtes so nachzukommen, daß ich dafür vor Gott und den Menschen Rechenschaft ablegen kann.»

II. Das Rechtsverhältnis

Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist in erster Linie eine rein menschliche Beziehung, indem der Mediziner am Krankenbett, im Sprechzimmer, am Operationstisch und an der Unfallstelle

sehe oder höre oder auch außerhalb der Behandlung im gewöhnlichen Leben erfahre, das will ich, soweit es außerhalb nicht weitererzählt werden soll, verschweigen, indem ich derartiges als Geheimnis ansehe.» Vgl. auch Roth a. a. O. p. 401, Placzek 37.

⁶ Dazu v. Steiger 3 ff., vgl. SAeZ 1954 p. 151 ff. «Ärztegelöbnisse u. Standesordnungen» (Sondernummer).

⁷ Vgl. Standesregeln der kant. medizinischen Gesellschaften bei Blaß 118 ff.

⁸ Zitiert bei Blaß p. 104 aus dem freiburgischen Gesetz vom 28. Mai 1850 über die Sanitätspolizei (mit Abänderungen bis 1896), vgl. auch Scherer 27.

vor allem als Arzt seine menschliche und berufliche Pflicht erfüllt und nach dem Grundsatz «salus aegroti suprema lex» das Vorbeugen und Heilen von Krankheiten sich zum höchsten Ziele macht⁹. Das positive Recht stellt jedoch eine ganze Reihe von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen auf, welche nicht nur die privaten Beziehungen zwischen Arzt und Patient regeln, sondern auch die besondere Stellung des Arztes zum Staat, der ja als moderner Wohlfahrtsstaat ebenfalls im Vorbeugen und Heilen seine Aufgabe erfüllt, in verschiedenen Geboten, Verboten und Sanktionen des Verwaltungs- und des Strafrechtes ausdrückt.

Während das innere Verhältnis zwischen Arzt und Patient auf gegenseitigem Vertrauen und menschlicher Achtung begründet ist, bildet die juristische Natur der rein äußerlichen Beziehung einen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR. Es war lange umstritten, ob dieses Obligationenverhältnis als Dienstvertrag (OR 319–362) aufzufassen sei¹⁰, wobei vielleicht an den früher vielenorts üblichen «Hausarztvertrag» gedacht wurde, in dem sich ein Arzt gegenüber einer Familie oder einem bestimmten Personenkreis verpflichtete, während einer gewissen Zeit seine Dienste gegen ein festes oder periodisch vereinbartes Honorar zur Verfügung zu stellen¹¹. Auch im «modernen» staatlichen Gesundheitsdienst Großbritanniens hat der Einzelne wiederum einen Hausarzt zu wählen, bei dem er sich in eine Liste eintragen muß, um in der Folge dann ständig die Hilfe der gleichen Medizinalperson in Anspruch zu nehmen. Selbst die spätere Wahl eines Facharztes oder eine sich aufdrängende Spezialbehandlung muß vom Hausarzt als notwendig bescheinigt werden, so daß der Bürger in seinem Recht zur freien Arztwahl beschränkt wird. Der Arzt erhält dafür seinerseits eine feste Entschädigung in der Form einer Kopfquote nach der Zahl der bei ihm eingetragenen Patienten, welche in der Regel vom Staate selbst oder von einer staatlich anerkannten Krankenkasse bezahlt wird.

In der Schweiz übernimmt der Arzt die Behandlung des Patienten, während sich dieser mit der Bezahlung eines in der Regel nachträglich festzusetzenden Honorars einverstanden erklärt. Literatur und Judikatur sind sich heute einig, daß das dabei entstehende Rechtsverhältnis, welches sich meistens nur auf die Behandlung eines begrenzten Krankheitsfalls oder eines bestimmten Unfalls be-

⁹ Maeder, SAeZ 1943 p. 309 ff.

¹⁰ BGE 18, 340.

¹¹ Dazu Ebermayer 73.

zieht, als Auftrag (Mandat) qualifiziert wird¹². Die Rechte und Pflichten der Kontrahenten, nämlich des Patienten als Auftraggeber (Mandanten) und des Arztes als Beauftragten (Mandatar) bestimmen sich demnach nach den allgemeinen Gesetzesnormen über dieses Vertragsverhältnis. «Die Wirkung des Auftrages als solchem ist vom Grundsatz beherrscht, daß die Vertragsparteien in einem Vertrauensverhältnis zueinander stehen¹³.» Der Beauftragte verpflichtet sich demzufolge, der ihm übertragenen Aufgabe getreu und sorgfältig nachzukommen und für die Ausführung persönlich besorgt zu sein (OR 398). Er hat stets im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers zu handeln (OR 397) und diesem über seine Tätigkeit Rechenschaft abzulegen (OR 400).

Theoretisch könnten auch Bestimmungen über die Berufsgeheimhaltungspflicht des beauftragten Arztes in den Vertrag aufgenommen werden, doch wird ein solcher Geheimhaltungsvertrag in der Praxis wohl kaum expressis verbis abgeschlossen und als solcher gewertet werden, auch dann nicht, wenn der Patient seinen Geheimhaltungswillen speziell betonen würde¹⁴. Auch wenn der Kranke ein außerordentlich großes Interesse hat, daß seine Geheimnisse, ohne deren Kenntnis der Arzt den Auftrag oft gar nicht ausführen könnte, durch die Berufsperson gewahrt bleiben, genügt schon das bloße Bestehen eines umfassenden Auftrages als Rechtsverhältnis, um daraus die Geheimhaltungspflicht des Arztes abzuleiten, ohne daß dazu eine besondere Abmachung erforderlich wäre. Es ist schon allgemein bei einem Auftragsverhältnis eine Pflicht zur Verschwiegenheit auf Grund des vorausgesetzten Vertrauens gegeben, wobei das Erfordernis der Geheimhaltung beim Arztberuf besonders vorhanden ist¹⁵. Schon die spezielle Beziehung zwischen dem Arzt als

¹² BGE 53 II 424, 61 II 111, Giesker 146, Maeder SAcZ 1943 p.310ff., Blaß 96, SJZ 40 p.242, Semjud. 1948 p.313ff.

¹³ Guhl 325. ¹⁴ Dazu Humbert 9.

¹⁵ Oser-Schönenberger II, Komm. OR p.1481: «Ausfluß der Pflicht zur getreuen Ausführung ist die Geheimhaltungspflicht. Der Beauftragte bekommt bei der Geschäftsbesorgung oft Einblick in die Verhältnisse des Auftraggebers. Der Auftrag setzt ein gewisses Vertrauen des Auftraggebers voraus, das der Beauftragte nicht täuschen darf. Diese Pflicht zur Verschwiegenheit ist für einzelne Berufe besonders ausgesprochen und gesichert (Berufsgeheimnis, Bankgeheimnis), besteht aber allgemein, wenn auch in verschiedenem Ausmaß, je nach der Sachlage.» Vgl. betr. Unentgeltlichkeit und persönlichem Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und beauftragtem Arzt im römischen Recht: Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 2.Aufl. Berlin 1935 p.225.

qualifizierter Berufsperson und dem Patienten charakterisiert das Verhältnis zwischen Geheimnisberechtigtem und Geheimniswahrer, so daß dabei das spezifische Rechtsverhältnis für die Berufsgeheimhaltungspflicht nicht ausschlaggebend ist. Zwar verlangt das schweizerische Strafgesetzbuch in Art. 321 Abs. 1, daß das Geheimnis auf Grund einer besonderen Beziehung, nämlich «infolge des Berufes» dem Arzte anvertraut oder «in dessen Ausübung» wahrgenommen wird. Liegt somit ein klares Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient vor, so ist dementsprechend die Berufsgeheimhaltungspflicht als offensichtlich gegeben. Der Arzt kann jedoch Geheimnisse von Dritten auch ohne ein bestehendes Rechtsverhältnis zwischen dem Geheimnisberechtigten und dem Geheimniswahrer erfahren und wird trotzdem zur Verschwiegenheit verpflichtet sein, jedoch nur in dem Umfange, als es sich um fremde Geheimnisse handelt, welche ihm infolge seiner Stellung als Arzt anvertraut wurden, oder die er auf Grund seiner besonderen Ausbildung erkennen konnte und die deshalb dem ärztlichen Schweigegebot unterstehen. Der zitierte Eid des Hippokrates besagt mit Recht, daß auch Dinge, welche der Arzt «außerhalb der Behandlung im gewöhnlichen Leben erfährt», als Geheimnisse betrachtet werden müssen. Demnach ist das Rechtsverhältnis für die ärztliche Schweigepflicht nebensächlich; «es gibt höchstens den Anstoß zum Beginn der Geheimhaltungspflicht¹⁶».

§ 3 DAS ÖFFENTLICHE INTERESSE AM ÄRZTLICHEN BERUFSGEHEIMNIS

I. Allgemeines

Eine große Anzahl von Ärzten beginnt ihre Berufstätigkeit ohne zu wissen, daß die Medizin und die Jurisprudenz in der Beurteilung des Menschen gemeinsame Aufgaben haben. Medizinische Erkenntnisse beeinflussen unsere Gesetzgebung, die Rechtsprechung, die administrative Fürsorge usw., und erst die enge Zusammenarbeit zwischen Mediziner und Jurist gestattet die rechtliche Tragweite des medizinisch Erkannten richtig zu beurteilen. So schöpft die Jurisprudenz aus der Medizin immer wieder neue Anschauungen, während diese durch die Gesetzgebung neue Wirkungsmittel erhält, die Verschiedenartigkeit der Tatbestände sachgemäß zu werten¹⁷.

¹⁶ Giesker 137.

¹⁷ Zangger, «Medizin und Recht» p. 32.

Die Berufspflichten des Arztes kommen in verschiedenen Rechtsgebieten durch Gebote, Verbote, Sanktionen usw. zum Ausdruck, und wenn auch nicht von einem eigentlichen Arztrecht innerhalb unserer systematischen Rechtsordnung gesprochen werden kann, so zeigt es sich doch, daß der Gesetzgeber nicht nur das Verhältnis des Arztes zum Patienten, sondern vor allem auch die große Bedeutung der Medizin in der heutigen Gesellschaft richtig gewertet hat.

Neben den alten Standesregeln der Ärzteschaften, die erkannt haben, daß die Tätigkeit des Mediziners ohne das absolute Vertrauen des Hilfesuchenden in die Berufsperson erschwert oder sogar verunmöglicht würde, waren es vor allem die Medizinalgesetze, aber auch schon verschiedene kantonale Strafgesetze (Bern, Neuenburg, Wallis, Luzern, Tessin, Freiburg, Genf¹⁸), welche das Berufsgeheimnis zu schützen suchten. Verletzte der Arzt demnach seine Schweigepflicht gegenüber einem Patienten oder einem dritten Geheimnisberechtigten, so konnte sich der Betroffene neben dem privatrechtlichen Schutz der Geheimsphäre (ZGB 28) auf öffentlich-rechtliche Bestimmungen verschiedener Kantone berufen. Die Berufsgeheimhaltungspflicht des Arztes wurde als im öffentlichen Interesse liegend erkannt und von Staates wegen gefordert. Lange bevor jedoch am 1. Januar 1942 das schweizerische Strafgesetzbuch die Verletzung des Berufsgeheimnisses für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft als strafbare Handlung gegen die Berufspflicht erklärte, haben andere europäische Staaten die ärztliche Schweigepflicht in ihre Gesetzgebung aufgenommen und zur Rechtspflicht gemacht (Frankreich, Italien, Holland, Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg)¹⁹. Einerseits wurden dadurch berechnete Interessen des Bürgers anerkannt, indem der Staat die Verletzung der Geheimsphäre als Rechtsgut jedes Menschen im Falle der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht mit dem strengsten zur Verfügung stehenden Mittel, der strafrechtlichen Sanktion, schützte, andererseits wurde das Vertrauen der Allgemeinheit zur ärztlichen Berufsausübung gestärkt, indem die Wahrung des Berufsgeheimnisses dem Arzte nicht nur zur berufsethischen, sondern auch zur gesetzlichen Pflicht erklärt wurde. So liegt der Schutz des Arztgeheimnisses nicht nur im Interesse des einzelnen Individuums, das seine Geheimsphäre gewahrt haben will, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit, des Staates, welcher seinem approbierten Mediziner durch eine qualifizierte Ver-

¹⁸ Dazu Hiestand 26 ff.

¹⁹ Vgl. Placzek 10 ff.

trauensstellung in der Gesellschaft die erfolgreiche Berufsausübung ermöglichen, und dadurch die Gesundheit der Bevölkerung erhalten will.

II. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach Art. 321 StGB

StGB 321

1. Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hülfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Buße bestraft.

Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Studien strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.

3. Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

Nur der staatlich approbierte Mediziner, nicht aber der Naturarzt, unterliegt dem Schweigegebot im Sinne des Art. 321 StGB, welcher den Täterkreis abschließend bestimmt²⁰. Der Staat hat ein großes Interesse, daß der Bürger nur beim wissenschaftlich geschulten Mediziner Hilfe sucht, der auf Grund seines eidgenössischen Befähigungsausweises allein Gewähr bietet, die menschlichen Krankheiten zu erkennen und zu heilen. Deshalb wird das Berufsgeheimnis nur bei der anerkannten Medizinalperson strafrechtlich geschützt, und der Hilfesuchende soll wissen, daß er nur beim patentierten Arzt als qualifizierter Berufsperson die durch das Gesetz verlangte Diskretion erwarten kann. «Wer zum Kurpfuscher geht, mag sich von vorneherein darüber klar sein, daß er mit Verschwiegenheit nicht zu rechnen hat²¹.» In der Tat waren schon vor dem schweizerischen Strafgesetzbuche in keinem kantonalen Medizinal- oder Strafgesetz Naturärzte der Berufsgeheimhaltungspflicht unterstellt, und auch in keiner kantonalen Prozeßordnung wird ihnen das Recht zur Zeugnisverweigerung eingeräumt. Obwohl immer noch viele Leute in ihrem unbelehrbaren Aberglauben bei geheimnisvollen Kräuter-

²⁰ Spinner, Diss. 1913 p. 10 ff.

²¹ Ebermayer 44, Roth a. a. O. p. 402/403.

weiblein und Wunderdoktoren²² Hilfe suchen und diesen Heilbadern, Homöopathen, Biochemikern oder Heilkundigen, wie sie sich nennen, oft mehr Geheimnisse anvertrauen, als sie einem approbierten Mediziner erzählen würden, können Indiskretionen eines solchen Naturarztes wohl ein Zivildelikt darstellen und ihn demnach zivilrechtlich haftbar machen; man kann ihn aber nicht auf Grund von Art. 321 StGB zur Verantwortung ziehen und ihn für seine unerlaubte Handlung strafrechtlich bestrafen. Es ist allerdings merkwürdig, daß m.W. bis jetzt kein einziger gerichtlicher Fall bekannt wurde, wo ein solcher Volksarzt wegen widerrechtlicher Weiterverbreitung fremder Geheimnisse zur Verantwortung gezogen wurde. Vielleicht ist der Grund darin zu suchen, daß der Naturarzt aus reinem Geschäftsprinzip absolute Diskretion verspricht und hält, während der approbierte Mediziner sein Berufsgeheimnis vor allem aus subjektivem berufsethischem Standesinteresse wahrt.

Der Arzt erfährt bei der Ausübung seines Berufes Geheimnisse, die ihm nur aus einem besonders tiefen Vertrauensverhältnis heraus vom Patienten oder dessen Freunden und Familienangehörigen mitgeteilt werden. Außer diesen anvertrauten Geheimnissen erhält er auf Grund seiner Ausbildung als Mediziner Kenntnis von Tatsachen, über die der Patient selbst nicht orientiert ist, die aber, weil sie dem allgemeinen Wissen entzogen sind, ebenfalls als Geheimnisse gewahrt werden müssen. Glücklicherweise ist es dabei üblich, daß die Ärzte aus persönlichem Taktgefühl heraus oder auf Grund ihrer berufsethischen Schweigepflicht allgemein über alles Diskretion bewahren, was sie während ihrer Tätigkeit als Mediziner erfahren. Es wäre auch sehr schwer, jedesmal im einzelnen feststellen zu müssen, ob eine Tatsache als subjektiv zu wertendes Geheimnis des Patienten oder eines Dritten zu bewahren ist, oder ob es sich um eine allgemein bekannte Angelegenheit handelt, an der niemand ein begründetes Geheimhaltungsinteresse haben kann. Das Vertrauen des Patienten in die unverbrüchliche Schweigepflicht der Berufsperson ist aber ein unbedingtes, absolutes, so daß man alles als Geheimnis zu betrachten hat, «was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt (BGE 75 IV 74)». Das Obergericht des Kantons Zürich (OG II. Strafkammer App. 18. Febr. 1949) anerkannte die extensive Umschreibung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht, wenn es sagte:

²² Die urchige Volkssprache des Jeremias Gotthelf nennt sie Kurpfuscher, Quacksalber, Wunderdoktoren, Kräuterweiblein.

«Seit die Heilkunde besteht, ist sie eine der elementarsten und vornehmsten Pflichten des Arztes und ohne jeden Zweifel jedem in diesem Berufe Tätigen als einer der ersten Grundsätze bekannt. Der Arzt hat sich überhaupt nicht zu kümmern, ob dem Dritten eine zur Diskussion stehende Tatsache bereits bekannt sei, sondern ganz einfach über die Wahrnehmungen, die er bei der Behandlung eines Patienten macht, und über Mitteilungen, von welchen er in ihrem Verlaufe Kenntnis erhält, zu schweigen²³.»

Auch wenn der Arzt demnach Dinge erfährt, welche schon viele andere Leute auch wissen, hat er darüber zu schweigen. Es handelt sich in diesem Falle zwar nicht um Geheimnisse im engeren Sinne, da der Kreis der Mitwisser sehr weit gezogen ist. Trotzdem kann man von einem «öffentlichen Geheimnis» sprechen, indem vor allem beim Gerücht stets ein Faktor der Unsicherheit und der Unge-
wißheit vorhanden ist, so daß eine Tatsache erst dann den Geheimnischarakter verliert, wenn sie durch eine vertrauenswürdige Person bestätigt oder ausdrücklich dementiert wird. Wenn somit ein ganzes Dorf «meint», die Tochter des XY habe an sich eine Schwangerschaftsunterbrechung vornehmen lassen, so bleibt die Wahrheit so lange verborgen, bis der Frauenarzt des benachbarten Städtchens Z absichtlich oder fahrlässig jemandem bestätigt, daß sich dieses Mädchen wirklich in seiner Behandlung befindet, und daß er bei ihm einen Eingriff vornehmen mußte. Dieses Beispiel zeigt, daß es sich bei der Berufsgeheimhaltungspflicht nicht nur um Geheimnisse handeln kann, von denen praktisch niemand etwas weiß, und die dem Arzt unter dem besonderen Siegel der Verschwiegenheit mitgeteilt werden – was ja bei dem vorausgesetzten Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient geradezu paradox und überflüssig wäre –, sondern allgemein um alle Tatsachen, welche der Arzt infolge seines Berufes oder bei dessen Ausübung wahrnimmt. Auch eine bloße Bestätigung des Arztes, daß sich der Patient XY bei ihm in Behandlung befindet, kann als Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht gewertet werden; denn manchem würde es wirtschaftlich oder sozial zum Nachteil gereichen, wenn gewisse Personen (z. B. Eltern, Ehegatten, Arbeitgeber usw.) nur schon davon Kenntnis bekämen, daß sich der Betreffende in Behandlung des Dermatologen X befindet oder während Monaten im Lungsanatorium in Y interniert war²⁴.

²³ BIZR 1949 Nr. 189, desgl. auch im französischen Recht: «L'art. 378 c. p., qui vise toutes personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie, doit être étendu dans un sens aussi large que possible.» (Trib. corr. Seine, 23 déc. 1931; vgl. Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence 1932 p. 94.)

²⁴ BGE 75 IV 75: «Schon die Bestätigung dessen, was sie bereits wußten,

Andererseits kann auch ein negatives Verhalten einer Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gleichkommen, wenn z.B. ein Arzt ein Gerücht oder eine Vermutung nicht ausdrücklich dementiert, so daß aus dem Stillschweigen der Berufsperson oft eine Bestätigung der behaupteten Tatsache erblickt werden kann. An der Frühjahrstagung 1952 der Schweizerischen Kriminalologischen Gesellschaft wurde sogar die Frage aufgeworfen, ob die der Berufsgeheimhaltungspflicht unterstellten Personen nicht zum Lügen verpflichtet sind, um dadurch berechnigte private oder öffentliche Interessen zu schützen²⁵.

Bei den Ärzten bestand von jeher schon die Tendenz nach absoluter Wahrung ihrer Berufsgeheimnisse²⁶. Eine solche Regelung würde einerseits dem Mediziner den besten Schutz vor unerlaubten Indiskretionen gewähren, und andererseits wäre die Allgemeinheit gewiß, daß der Arzt nicht nur auf Grund von Standesregeln oder subjektiver Berufsauffassung, sondern auch durch das Gesetz zur absoluten Geheimhaltung des ihm anvertrauten Gutes verpflichtet wird. So sehr aber diese einfache Lösung des vieldiskutierten Problems zu begrüßen wäre, bliebe doch stets eine Gesetzeslücke offen, indem eine solche Regelung als zu einseitig, weder dem Bedürfnis des oft durch Gewissenskonflikte belasteten Arztes noch dem Interesse des Privaten oder des Staates gerecht werden würde. Es ist bezeichnend für die Unzulänglichkeit der absoluten Geheimhaltungspflicht, daß das französische Recht, welches immer noch in seinem Code Pénal aus dem Jahre 1810 die totale Wahrung des Berufsge-

brauchte sich der Berechnigte nicht gefallen zu lassen»; ferner Praxis des Bundesgerichtes 1949 Nr. 114: «Geheimnis in diesem Sinne ist alles, was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt. Der Arzt hat darüber zu schweigen, und zwar auch gegenüber einer Person, welche die Tatsache, die ihm anvertraut ist oder die er wahrgenommen hat, schon kennt. Die Mitteilung an eine solche Person kommt einer Bestätigung gleich, die sich der Patient nicht gefallen zu lassen braucht. Wenn er ärztliche Hilfe sucht, tut er es in der Erwartung, daß der Arzt gegenüber Dritten über Anvertrautes oder Wahrgenommenes schweige.» Vgl. auch Roth a. a. O. p. 404.

²⁵ Vgl. ZStrR 1953 p. 6.

²⁶ In der Literatur findet man häufig die Gegenüberstellung des «absoluten» Berufsgeheimnisses (z. B. Frankreich) zum relativen Berufsgeheimnis (z. B. Schweiz). Dabei kann jedoch nur in den seltensten Fällen von einem «absoluten» Berufsgeheimnis die Rede sein, da der Arzt in der Regel zur Berufsausübung der Mitarbeit von Hilfspersonen bedarf, die somit von der Krankheit und der Behandlung des Patienten ebenfalls Kenntnis erhalten.

heimnisses verlangt, in neuerer Zeit versucht, gewisse Durchbrechungsnormen aufzustellen, um dadurch den vielseitigen Bedürfnissen und Aufgaben des modernen Staates gerecht zu werden²⁷.

Es wurde erkannt, daß ein Schutz der Geheimsphäre als persönliches Gut des Menschen, für den Einzelnen, für sein Fortkommen, aber auch für die öffentliche Ordnung unerläßlich ist²⁸. Allein das moderne Staatsgefüge mit seinen immer häufiger werdenden Interessenkollisionen verlangt, daß der Schutz der Geheimsphäre sowohl im Interesse des Einzelnen wie auch für die Allgemeinheit kein absoluter sein kann. Vor allem muß der Geheimnisberechtigte selbst über seine eigenen Geheimnisse verfügen können und deren Preisgabe im Rahmen von Recht und Sittlichkeit (ZGB 27) frei bestimmen. Aber auch an den Arzt werden oft Gewissenskonflikte herantreten, welche ihn in der Entscheidung über seine divergenten gesetzlichen, beruflichen und moralischen Pflichten unsicher machen, so daß im positiven Recht bestimmt werden soll, wann und wo das Berufsgeheimnis preisgegeben werden kann oder muß²⁹.

Der Staat muß zum Wohle der Gesamtheit vom Arzte bestimmte Meldungen von Krankheiten, Verbrechen, Todesursachen usw. fordern, welche das allgemeine Prinzip der ärztlichen Schweigepflicht durchbrechen. Der Umfang des Berufsgeheimnisses erfährt somit zwangsläufig verschiedene, zum Teil starke Einschränkungen, welche vom Gesetzgeber, der die ärztliche Schweigepflicht statuierte, auch möglichst genau umschrieben werden sollen. Es finden sich denn auch in der bestehenden Rechtsordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft nebeneinander Geheimhaltungs- und Offenbarungsnormen, welche von verschiedenen Gesetzgebern zu verschiedenen Zeiten aufgestellt wurden, so daß oft das Gefühl der Rechtsunsicherheit eintreten kann³⁰.

Während Frankreich das Arztgeheimnis als öffentliches Rechtsgut von Staates wegen absolut gewahrt haben will (vide Garçon: Code Pénal p. 1088 ff.), hat das schweizerische Strafrecht im Art. 321 StGB selbst Strafausschließungsgründe aufgestellt. An erster Stelle

²⁷ Art. 378 c. p.: «Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 24000 à 120000 francs.» Vgl. dazu Heim 17 ff., ferner Dalloz, Code Pénal, Paris 1953 p. 240 ff., ebenso SAeZ 1954 p. 54 ff.

²⁸ Egger, Komm. ZGB, Personenrecht 251. ²⁹ Werner 71. ³⁰ Blaß 135.

nennt das Gesetz als Strafflosigkeit die Einwilligung des Geheimniss-herrn. «Volenti non fit iniuria.» Damit wird anerkannt, daß das Strafgesetzbuch in Art. 321 vor allem zum Schutze des Privaten die Berufsgeheimhaltungspflicht verlangt, wobei der Anvertrauende über die Preisgabe seiner Geheimnisse entscheiden kann. Als jeweiliger Berechtigter gilt aber nur derjenige, in dessen Geheimsphäre die vom Arzte preiszugebenden Tatsachen liegen, so daß sich die erlaubte Offenbarung nur auf seine eigene Persönlichkeit und die mit ihr unzertrennbar verbundenen individuellen Güter beziehen kann³¹. Handelt es sich um Geheimnisse Dritter, so hat der Arzt darüber zu schweigen, auch wenn er durch den Patienten davon Kenntnis erhalten hat. Die rechtsverbindliche Entbindung vom Berufsgeheimnis ist ein höchstpersönliches Recht, welches nur vom Geheimnisberechtigten selbst oder bei urteilsunfähigen Personen eventuell vom gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden kann. Das Gesetz bestimmt nichts Näheres über die Form und den Umfang der Einwilligung. Die Entbindung von der Schweigepflicht kann demnach mündlich oder schriftlich, eventuell sogar stillschweigend erfolgen³².

Die immer zahlreicher werdenden Kassenpatienten bewirken, daß die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht oft zu wenig ernst genommen wird. Die Fälle sind selten, wo ein Kranker ein besonderes Interesse an der Geheimhaltung seiner Mitteilungen speziell erwähnt. Er überläßt es dem Anstand und Pflichtbewußtsein des Arztes, die anvertrauten Geheimnisse zu wahren und der Versicherung oder Krankenkasse nur das zur Bezahlung der ärztlichen Behandlung Notwendigste bekanntzugeben. Auch in den Krankenhäusern zeigt sich der Patient durch konkludentes Verhalten damit einverstanden, daß verschiedene Ärzte, Krankenschwestern und anderes Hilfspersonal, ja selbst Studenten von seinem Leiden und dessen Begleitumständen erfahren, nur mit dem Unterschied, daß diese Personen im Gegensatz zu den Kassenfunktionären ebenfalls der gesetzlichen Schweigepflicht unterstehen³³. Allein, die stillschweigende Ermächtigung darf nicht dahin ausgelegt werden, daß der Patient allgemein mit der Preisgabe seiner Geheimnisse einverstanden ist und somit auf sein persönliches Recht an der eigenen Geheimsphäre verzichtet. Besonders weil ein stillschweigender oder ausdrücklicher

³¹ SAeZ 1949 p. 361.

³² Maeder SAeZ 1952 p. 29, Roth a. a. O. p. 407, Sieben 83 ff.

³³ Vgl. BB über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal v. 16. April 1947 (BS 8 p. 264 ff.), insbesondere Art. 4.

Verzicht auf die Wahrung eigener Geheimnisse die teilweise Preisgabe eines Individualrechts bedeutet, muß das Einverständnis nicht extensiv, sondern restriktiv interpretiert werden.

Ganz allgemein hat der Arzt das Berufsgeheimnis gegenüber jedermann zu wahren. Auf alle Fälle ist er auch gegenüber Verwandten und Bekannten seines Patienten schweigepflichtig und macht sich auch nach Beendigung des Auftragsverhältnisses oder nach der Berufsausübung strafbar³⁴. Die Schweigepflicht des Arztes gilt auch gegenüber Berufskollegen, es sei denn, es handle sich um abstrakte wissenschaftliche Probleme und Erkenntnisse, wobei im konkreten Falle die Person des betreffenden Patienten nicht genannt werden darf³⁵.

Es liegt in der Natur des Arztberufes, daß der Mediziner bei der Ausübung seiner Tätigkeit oft Geheimnisse wahrnimmt, welche ihm vom Patienten nicht im eigentlichen Sinne des im Gesetz enthaltenen Wortes «anvertraut» werden. Oft erfährt er als Arzt bei der Untersuchung Tatsachen medizinischer oder nichtmedizinischer Natur, welche dem Patienten selbst nicht bekannt sind und doch mit der Krankheit oder mit der Behandlung zusammenhängen und demnach auch in die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht einbezogen werden müssen. Die Einwilligung des Einzelnen zur Preisgabe kann sich jedoch nur auf Geheimnisse erstrecken, die ihm selbst bekannt sind und über die er verfügen darf. Oft ist sich der Patient über die Tragweite seiner Einwilligung nicht bewußt, sei es, weil es sich um Tatsachen handelt, welche erst in der Zukunft liegen (z. B. Beitritts-erklärung zur Krankenkasse und Entbindung des Arztes vom Berufsgeheimnis), oder weil ihm selbst nicht alle unter die ärztliche Schweigepflicht fallenden Tatsachen bekannt sind. Eine Ermächtigung zur Preisgabe des Berufsgeheimnisses tritt aber nur dann ein, wenn der Patient den Arzt in unzweideutiger Weise von seiner Schweigepflicht befreit. Aber auch dann können für den Arzt immer noch berufsethische und moralische Gewissenskonflikte entstehen, wenn er annehmen muß, daß der Patient in genauer Kenntnis der Sachlage seine Einwilligung zur Preisgabe nicht erteilt hätte³⁶.

³⁴ Dazu BIZR 1939 Nr. 82. In der Praxis ist es jedoch oft notwendig, daß Angehörige über den Gesundheitszustand des Kranken orientiert werden, sei es, um ihnen Verhaltensmaßregeln für die Behandlung zu geben, oder um sie auf das bevorstehende Ableben des Patienten vorzubereiten.

³⁵ Dazu BGE 75 IV 74 ff., Blaß 65 ff., SAeZ 1954 p. 99 ff.

³⁶ Ulrich 109.

Da unbestreitbar die Interessen des Geheimnisberechtigten im Vordergrund liegen, erscheint es daher notwendig, daß der Arzt dem Patienten rückhaltlos alle ihm durch die Behandlung bekannt gewordenen Tatsachen und Folgerungen offenbart, so daß der Kranke über alle der Berufsperson bekannten Geheimnisse orientiert ist. Allein, eine solche unumschränkte Aufklärung läßt sich wohl auf Grund des Auftragsverhältnisses (OR 394 ff.) juristisch rechtfertigen; aus berufsethischen Erwägungen wird der Arzt jedoch dann gewisse Erkenntnisse seines Befundes oder therapeutische Maßnahmen verschweigen, wenn die Mitteilung dieser Tatsachen für den Patienten nachteilig wäre.

Durch die Ermächtigung zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses erhält der Arzt das Recht, lediglich jene Geheimnisse straflos preiszugeben, auf die der Geheimnisberechtigte verzichtet hat. Dabei kann sich die erlaubte Mitteilung auf bestimmte Personen oder Stellen beschränken oder auch nur bestimmte Teile des ärztlichen Berufsgeheimnisses umfassen; darüber hinaus bleibt die Schweigepflicht weiterhin bestehen³⁷. Für den Arzt stellt sich aber unter Umständen das Problem des falschen ärztlichen Zeugnisses (StGB 318), wenn er in seinem Bedürfnis, dem Patienten zu helfen, wichtige Umstände verschwiegen hat und sich für ärztliche Atteste nun nur auf diejenigen Mitteilungen beschränken muß, zu denen er durch den Geheimnisberechtigten ermächtigt wurde. Durch das Verschweigen wesentlicher Tatsachen kann leicht die Wahrheit entstellt werden, so daß es in einem solchen Falle wiederum unumgänglich sein wird, den Patienten über den vollen Umfang und die Tragweite der preisgebenden Geheimnisse aufzuklären.

Im Gegensatz zu den noch zu besprechenden prozeßrechtlichen Fällen von Zeugnis- und Editionsspflicht des Arztes, begründet die im Strafgesetzbuch vorgesehene Erlaubnis zur Geheimnisoffenbarung lediglich ein Recht, das Berufsgeheimnis preiszugeben. Es ist richtig, daß der private Geheimnisherr im Zusammenhang mit der ärztlichen Schweigepflicht an erster Stelle die Preisgabe seiner Geheimnissphäre bestimmen kann. Die Entbindung vom Berufsgeheimnis macht die Geheimnisoffenbarung des Arztes zwar nicht strafbar, sie verpflichtet den Geheimnisträger aber nicht, in concreto seine Berufsgeheimhaltungspflicht unbedingt preiszugeben³⁸. Oft kennt nur der Arzt allein die Tragweite einer Geheimnisoffenbarung, und deshalb liegt in vielen Fällen bei ihm die Verantwortung und damit

³⁷ Hafter 857, Giesker 188 ff. ³⁸ Ulrich 110, Sieben 88.

auch das Recht, zu bestimmen, ob ein Verzicht auf die berufliche Geheimhaltung opportun erscheint.

Der Bundesgesetzgeber, welcher die Berufsgeheimhaltungspflicht statuierte, hat aber dem in der Regel rechtsunkundigen Ärzte gewisse Anhaltspunkte über sein Verhalten zu geben oder ihm in besonders schwer zu entscheidenden Gewissenskollisionen die Verantwortung ganz abzunehmen. Das schweizerische Strafgesetzbuch hat die Lösung dieses Problems dadurch gefunden, daß der approbierte Arzt die vorgesetzte Behörde (Kt. Zürich: Direktion des Gesundheitswesens) um Entbindung von der Schweigepflicht ersuchen kann³⁹. Damit wird die Verantwortlichkeit in besonderen Fällen vom Arzt auf eine Behörde verschoben, welche in freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob die Preisgabe des Geheimnisses durch ein öffentliches Interesse oder wegen berechtigten Privatinteressen geboten ist. Es können in der Praxis Fälle eintreten, bei denen der Arzt zwar nicht durch irgendeine Rechtsnorm oder infolge Einwilligung des Geheimnisberechtigten ermächtigt ist, sein Berufsgeheimnis preiszugeben, wo jedoch eine moralische Pflicht besteht, die erworbene Kenntnis einer bestimmten Tatsache weiterzuverbreiten. Dabei kann die Durchbrechung des Geheimhaltungsprinzips sowohl in öffentlichem wie auch in privatem Interesse liegen. Um bei diesen abstrakten und dehnbaren Begriffen das Gefühl der Rechtsunsicherheit zu vermeiden, ist man von der anfänglichen Formulierung des «höheren Interesses» in Art. 285 des Entwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch abgewichen⁴⁰ und hat die Entscheidung über die straflose Durchbrechung des Berufsgeheimnisses einer durch die Kantone bestimmten Behörde überlassen. Die Berufsgeheimhaltungspflicht, welche ja vorwiegend doch nicht ausschließlich zum Wohle des Einzelnen, aber auch im Interesse der Berufsperson und des Staates durch das Gesetz gefordert wird, erhält somit durch Art. 321 Ziff. 2 StGB Ausnahmemöglichkeiten, die eine vernünftige Lösung des viel diskutierten Problems gewährleisten. Die Judikatur erkennt aber trotzdem, daß für die behördliche Entbindung vom Berufsgeheimnis das Interesse an der Offenbarung wesentlich schutzwürdiger sein muß als das entgegenstehende Prinzip der Geheimhaltung⁴¹.

³⁹ Dazu ausführlich: Schaffner, «L'autorisation de révéler un secret professionnel», Diss. Lausanne 1952, ferner Sieben 89 ff., Heim 95 ff.

⁴⁰ Dazu Ulrich 111. ff.

⁴¹ BIZR 1942 Nr. 15, 1945 Nr. 11, 1947 Nr. 168, 1948 Nr. 124, 1951 Nr. 201, 202, 203; SJZ 1945 p. 59, 74, 221; 1949 p. 74; 1952 p. 309 ff.

Eine Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht im strafrechtlichen Sinn tritt nur dann ein, wenn die Tat vorsätzlich erfolgt (vgl. StGB 18). Die fahrlässige Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses steht somit nach dem Wortlaut von StGB 18 und 321 nicht unter Strafe. Wiederholt wurde jedoch verlangt, auch die fahrlässige Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht den strafrechtlichen Sanktionen zu unterstellen, mit der Begründung, daß der Kranke sein Geheimnis absolut gewahrt haben will, und daß er demnach auch gegenüber einer fahrlässigen Geheimnisoffenbarung gesichert zu sein wünscht. Zudem wird in der Regel bei einer Verletzung des Arztgeheimnisses oft nur die Fahrlässigkeit, nicht aber der Vorsatz zu beweisen sein⁴². Allein, das Strafrecht kennt nur in seltenen Fällen die Bestrafung einer Fahrlässigkeit, wobei stets die besondere Schwere einer Gefährdung bzw. die Gemeingefahr eines Verbrechens oder Vergehens vorliegen muß (z.B. fahrlässige Tötung, fahrlässige Körperverletzung, fahrlässige Gesundheitsschädigung, fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst, einer Explosion, einer Überschwemmung, eines Einsturzes usw.). In der Tat kennen m.W. auch die Strafgesetze anderer Staaten keine strafbare fahrlässige Verletzung des Arztgeheimnisses (nicht einmal der französische Code Pénal, welcher eine absolute Berufsgeheimhaltungspflicht verlangt). Die qualifizierte Stellung des Arztes in der Gesellschaft soll dafür Gewähr bieten, daß das Berufsgeheimnis nicht fahrlässig preisgegeben wird. Zudem bieten die privatrechtlichen Bestimmungen (ZGB 28, OR 49), die Medizinalgesetze und die Standesregeln der Ärzteschaften dem Einzelnen einen gewissen Schutz gegen leichtsinnige Schwatzhaftigkeit des Arztes oder gegen fahrlässiges Umgehen mit Gegenständen oder Papieren, welche ärztliche Geheimnisse verkörpern (z.B. Röntgenaufnahmen, Krankengeschichten). Immerhin kann aber auch beim Vorsatz nicht nur darauf abgestellt werden, daß der Arzt durch die rechtswidrige Geheimnisoffenbarung mit «Wissen und Willen» dem Individualberechtigten schaden will. Ein Arzt kann auch dann bestraft werden, wenn er sein Berufsgeheimnis unbefugt preisgibt, mit der Absicht, dem Patienten zu helfen oder dessen Interessen zu wahren⁴³.

In Frankreich, wo der Gesetzgeber das ärztliche Berufsgeheimnis als öffentliches Rechtsgut betrachtet und im öffentlichen Interesse vor allem das Vertrauen der Allgemeinheit zur Berufsperson schüt-

⁴² Bossi ZSR 1924 p. 78, v. Overbeck ZSR 1924 p. 52.

⁴³ Vgl. Ulrich 39 ff., Heim 73 ff., SAeZ 1952 p. 166 ff.

zen will, bildet ein Verstoß gegen Art. 378 c. p. ein Officialdelikt und muß demnach von Amtes wegen verfolgt werden. In der Schweiz und auch in Deutschland⁴⁴ wird die Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht dagegen nur auf Antrag bestraft, obwohl auch in diesen Staaten die Wahrung des Arztgeheimnisses im Interesse der Allgemeinheit gefordert wird. Durch die Tatsache, daß der Antrag als Prozeßvoraussetzung gefordert wird, ist richtig anerkannt worden, daß nur derjenige sein Persönlichkeitsrecht ausüben kann, dessen Geheimsphäre in concreto verletzt wurde. Zudem wird die Entscheidung dem Verletzten überlassen, ob er auf das erlittene Unrecht reagieren will, oder ob er darauf verzichtet, die Schädigung durch die Durchführung eines gerichtlichen Strafverfahrens noch zu vergrößern⁴⁵. Das Antragsrecht wird materiell durch Art. 28 StGB geregelt, während für die formellen Erfordernisse die kantonalen Strafprozeßgesetze maßgebend sind (z. B. Zürich StPO 24, 47 ff., 161 ff. usw.). Demnach ist nur derjenige zum Antrag berechtigt, dessen Geheimsphäre in concreto verletzt wurde; ob das der Patient selbst oder eine Drittperson ist, die mit dem Täter in keinerlei Rechtsverhältnis steht, ist für den Tatbestand irrelevant. Da jedoch die verletzte Geheimsphäre ein höchstpersönliches Individualrecht darstellt, das mit der Geburt entsteht und mit dem Tode seines Trägers endet⁴⁶, erhebt sich die Frage, ob das Antragsrecht im Falle einer Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht in Vertretung ausgeübt werden kann. In bezug auf das Antragsrecht wurde diese Frage durch StGB 28 ff. bejaht; dagegen ist dieses Problem im Falle der Ermächtigung zur Geheimnisoffenbarung im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB noch ungelöst, sofern der zur Einwilligung Berechtigte urteilsunfähig, verstorben oder verschollen ist (vgl. dazu Kap. 5 § 4 II dieser Arbeit).

⁴⁴ § 300 des deutschen Strafgesetzbuches lautet:

1. Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

2. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

(Nach der vom Carl Heymanns Verlag Berlin 1948 herausgegebenen «kritischen Textausgabe» gilt jetzt für Ärzte statt § 300 StGB der § 13 der Reichsärzteordnung vom 13. Dezember 1935 [vgl. Reichsgesetzblatt 1935 I 1433 ff.], der jedoch in ähnlichem Sinne lautet und auch ein Antragsdelikt darstellt).

⁴⁵ Ulrich 41, Sieben 78 ff., Heim 77 ff. ⁴⁶ Vgl. Giesker 186 ff.

§ 4 DIE OFFENBARUNG INFOLGE BERUFSPFLICHT UND NOTSTAND

Neben der Einwilligung des Individualberechtigten oder der Ermächtigung der vorgesetzten Behörde zur Preisgabe der ärztlichen Schweigepflicht bestehen für den Arzt noch weitere Möglichkeiten, sein Berufsgeheimnis ungestraft zu offenbaren. Das Strafgesetzbuch nennt im allgemeinen Teil selbst drei Rechtfertigungsgründe, die Berufspflicht (StGB 32), die Notwehr (StGB 33) und den Notstand (StGB 34), welche eine an sich strafbare Tat rechtfertigen können.

StGB 32

Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Verbrechen oder Vergehen.

Der Begriff der Berufspflicht muß den bestehenden Normen entnommen werden, welche die Rechte und Pflichten des staatlich approbierten Mediziners regeln. Das sind vor allem die kantonalen Medizinalgesetze⁴⁷, die verwaltungsrechtlichen Erlasse über die Ausübung des Arztberufes sowie die Standesregeln der Ärzteschaften. «Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen⁴⁸.» Er hat sich in der Regel durch Handgelübde verpflichtet, jedem, der seiner Dienste bedarf und ihn dafür anspricht, dieselben jederzeit zu leisten (§ 7 des zürcherischen Medizinalgesetzes). Wie er dem kranken Menschen oder auch der Behörde gegenüber diese Hilfe oder die Leistung von Diensten erbringen soll, ist in concreto dem Arzt überlassen. Sofern er nach den Erfahrungen und Ergebnissen der medizinischen Wissenschaften sowie nach den ärztlichen Gepflogenheiten seinen Beruf gewissenhaft ausübt, handelt er stets in Erfüllung einer Berufspflicht⁴⁹.

Der praktizierende Arzt wird in Ausübung seiner Berufspflicht häufig genötigt sein, am gesunden oder kranken Menschen einen körperlichen Eingriff vorzunehmen, sei es zur Diagnosestellung, zu Heil- oder Versuchszwecken, zu Korrekturen des verunstalteten Körpers, zur Transplantation oder Transfusion, oder sogar Eingriffe in die Fortpflanzung (z. B. Sterilisation, Kastration, künstliche Befruchtung u. a. m.)⁵⁰. In Ausübung seiner Berufspflicht hat der Arzt

⁴⁷ Vgl. Scherer 24 ff., Auszüge aus den kant. Med. ges.

⁴⁸ § 1 der deutschen Ärzteordnung vom 13. Dezember 1935.

⁴⁹ Schwarz a. a. O. p. 903, BGE 1938 II 207, 1940 II 36.

⁵⁰ Dazu Haussener 65 ff., Ebermayer 169 ff., Scherer 39 ff., Holer 139.

auch tief in die Geheimsphäre des Einzelnen einzudringen, um auf Grund der Untersuchung, Beobachtung und Fragestellung ein möglichst genaues Bild über den Patienten, seine Krankheit und seine Gebrechen zu erhalten. Eine fundamentale Berufspflicht ist es aber auch, über anvertraute oder wahrgenommene Geheimnisse zu schweigen. Nicht umsonst wird die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht als Vergehen gegen die Berufspflicht mit dem strengsten, dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Mittel, mit der strafrechtlichen Sanktion, bestraft, so daß man sich mit Recht fragen darf, ob neben der Berufsgeheimhaltungspflicht noch eine höhere Berufspflicht bestehen kann, welche die Preisgabe des geschützten Arztgeheimnisses erlaubt. Primäre Berufspflicht des Arztes ist Vorbeugen und Heilen. Nur in Ausübung dieser elementaren Berufspflicht ist es der zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsperson erlaubt, das Arztgeheimnis preiszugeben. Nur wenn der Arzt durch die Offenbarung seines Berufsgeheimnisses dem Patienten helfen kann, erfolgt die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht in Erfüllung einer zwingenden, in casu höher zu wertenden Berufspflicht und ist nach Art. 32 StGB nicht strafbar; privatrechtlich kann der Arzt jedoch nach wie vor von dem in seinen Interessen verletzten Geheimnisberechtigten zur Rechenschaft gezogen werden. Für die Geheimnisoffenbarung in Erfüllung einer Berufspflicht ist somit nur das berechnete Interesse des Patienten maßgebend; fremde Interessen, seien es private, öffentliche, moralische oder finanzielle, sind für die Preisgabe des Berufsgeheimnisses aus Berufspflicht irrelevant (mit Ausnahme der noch zu besprechenden Auskunfts-, Anzeige- und Zeugnispflicht).

Offenbarungen von Berufsgeheimnissen aus Berufspflicht sind relativ häufig. Man denke vor allem an den Psychiater, der geradezu darauf angewiesen ist, daß ihm frühere Ärzte, seien es nun Spital- oder Privatärzte, zur objektiven Abklärung eines Krankheitsfalles Krankengeschichten von früheren Behandlungen überlassen, aus denen er jene Erkenntnisse schöpfen kann, die eine im Interesse des Patienten liegende wirksame Heilung ermöglichen. Besonders in großen Spitälern, wo der Kranke oft in Behandlung von mehreren Ärzten steht, ist es unerläßlich, daß sich die verschiedenen Mediziner über die Krankheit ihrer Patienten gegenseitig beraten und aussprechen. Es wäre geradezu unverantwortlich, wenn ein Arzt einen Patienten untersuchen und behandeln würde, ohne seinem Nachfolger über die erfolgten Untersuchungen und Behandlungen zu berichten,

so daß diese eventuell aus Unkenntnis der Tatsachen vom zweiten Arzt wiederholt werden müssen (man denke z.B. an die an und für sich schmerzhaftes Lumbal-Punktion oder an die finanzielle Belastung einer unnötig wiederholten Röntgenaufnahme usw.). Das Zürcher Reglement für die Ärzte an den kantonalen Kranken- und Heilanstalten vom 29. Juni 1950 bestimmt deshalb ausdrücklich in § 34: «Die Ärzte einer Abteilung sind verpflichtet, den Ärzten anderer Abteilungen beratend beizustehen.»

Seit Generationen ist es unter Ärzten und vor allem unter Psychiatern eine Gewohnheit, sich gegenseitig Krankengeschichten auszuhändigen, obwohl die gesetzlich statuierte Berufsgeheimhaltungspflicht grundsätzlich auch unter Berufskollegen gilt⁵¹. Sofern sich diese Angaben auf den Patienten als deren Geheimnisherrn beziehen und für seine Heilung erforderlich sind, handelt der betreffende Arzt in Ausübung seiner Berufspflicht und kann gemäß StGB 32 nicht wegen Verletzung seines Arztgeheimnisses verurteilt werden. Ebenso dürfen Krankengeschichten zu wissenschaftlichen Zwecken verwendet werden, wobei jedoch in concreto die Nennung von Namen, Orten und Daten unterbleiben soll, damit die persönliche Geheimsphäre des Patienten oder von Drittpersonen nicht verletzt wird. Das erwähnte Zürcher Reglement für Ärzte an Kranken- und Heilanstalten bestimmt dazu:

§ 3 Abs. 3: Die Krankengeschichten und das übrige Material stehen dem leitenden Arzt zur wissenschaftlichen Benützung zur Verfügung. Er entscheidet im Rahmen des ärztlichen Geheimnisses darüber, ob, in welchem Umfange und unter welchen Bedingungen diese auch Drittpersonen zur Verfügung gestellt oder in Gutachten verwendet werden dürfen.

Die Direktion der kantonalen Heilanstalt Burghölzli in Zürich hat für die Überlassung von Krankengeschichten besondere Bedingungen aufgestellt (siehe Beispiel).

Die Überlassung der Krankengeschichten ist an die Bedingung geknüpft, daß der Empfänger das ärztliche Geheimnis wahrt, und zwar auch im Sinne der neuen verschärften Gerichtspraxis.

Krankengeschichten dürfen ohne weiteres verwendet werden, damit der Behandlungsplan eines Kranken auf Grund der früheren Erfahrungen gestaltet werden kann. Ebenso stellen wir Krankengeschichten zu rein wissenschaftlichen Zwecken gerne zur Verfügung.

Dagegen dürfen Krankengeschichten zu Begutachtungen in Straffällen, für Krankenkassen, Versicherungen, Ehescheidungen usw. nicht verwendet werden, ohne daß die ausdrück-

⁵¹ Dazu SAeZ 1954 p. 172, 1943 p. 35 ff., 1952 p. 411 ff.

liche Entbindung eines urteilsfähigen Geheimnisherrn vom Arztgeheimnis vorliegt. Dabei ist zu beachten, daß in den Krankengeschichten viele Dinge stehen, über die andere Personen als der Patient selbst Geheimnisherrn sind.

Unseres Erachtens ist es gestattet, Krankengeschichten für die Begutachtung zuhanden der Vormundschaftsbehörden über den Patienten selbst zu verwenden. Die Vormundschaftsbehörde muß ja als Vertreterin des Patienten gelten. Nicht gestattet ist es hingegen, Krankengeschichten von Angehörigen eines vormundschaftlichen Exploranden ohne ausdrückliche Entbindung vom Arztgeheimnis durch die zuständigen Geheimnisherrn zu verwenden.

Sollten unsere Krankengeschichten versehentlich zu Zwecken einverlangt worden sein, wie sie nicht mit dem Arztgeheimnis vereinbar sind, so bitte ich Sie, die Krankengeschichten unbenützt zurückzusenden.

In Zweifelsfällen wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns zu einer gegenseitigen Meinungsäußerung Gelegenheit geben könnten.

Zürich, 20. Mai 1952.

Die Direktion der Heilanstalt Burghölzli

Diese tragen der von den meisten Ärzten in der Regel übersehenen oder nicht erkannten Tatsache Rechnung, daß das Berufsgeheimnis auch gegenüber Kollegen unbedingt zu wahren ist, sofern die Preisgabe nicht zum Zwecke der Behandlung und Heilung des betreffenden Patienten, sondern zu Begutachtungen, Informationen usw. verlangt wird. Die Edition von Krankengeschichten darf nur dann ohne die Einwilligung des jeweiligen Geheimnisberechtigten erfolgen, wenn diese Preisgabe des Arztgeheimnisses in Ausübung einer Berufspflicht gerechtfertigt ist und demnach zum Zwecke der Behandlung und Heilung im Interesse des Patienten liegt⁵².

Selten wird der Arzt dagegen in die Lage kommen, sein Berufsgeheimnis aus Notwehr (StGB 33) oder infolge Notstandes (StGB 34) zu offenbaren. In Fällen, wo sich der Arzt in einem Gewissenskonflikt befindet, der eine Geheimnisoffenbarung aus moralischen Gründen rechtfertigen würde (man denke z.B. an einen epileptischen Fahrzeuglenker, dessen Krankheit bisher nur dem behandelnden Arzt bekannt ist) oder in Fällen, wo der Arzt verleumdet wird und seine Ehre nur durch die Preisgabe seines Berufsgeheimnisses retten kann⁵³, ist es fraglich, ob er allein auf Grund der Bestimmungen von StGB 33 und 34 über Notwehr und Notstand zur Durchbrechung des allgemeinen Geheimhaltungsprinzips berechtigt ist. In der Re-

⁵² Dazu BGE 75 IV 71 ff., ferner Entscheid des O.Ger. Bern in SAeZ 1952 p. 166 ff.

⁵³ Sieben 101.

gel wird es vielmehr opportun erscheinen, die vorgesetzte Behörde um Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht zu ersuchen, wobei allerdings dieses Verfahren u. U. viel Zeit benötigt, während der Arzt ein sofortiges Handeln als notwendig erachtet⁵⁴.

§ 5 DER BEAMTETE ARZT

Der Staat bedarf zur Erfüllung bestimmter Funktionen medizinisch ausgebildeter Personen, die er vollamtlich, halbamtmlich oder nur zu einzelnen Aufgaben in seinen Dienst stellt. Die eidgenössischen und kantonalen Ämterklassifikationen⁵⁵ sowie verschiedene kantonale verwaltungsrechtliche Bestimmungen geben Auskunft über die Stellung und Pflichten dieser beamteten Mediziner. Es sind beamtete Ärzte, welche keine Krankenbehandlungen vornehmen, sondern als Sachverständige dem Staat zu bestimmten Aufgaben ihre Dienste zur Verfügung stellen. Wie in der Regel jeder große Betrieb einen eigenen privaten Betriebs- oder Fabrikarzt hat, oder die meisten größeren Krankenkassen und Versicherungen ihre eigenen sachverständigen Vertrauensärzte haben, so braucht auch der Staat zur Erfüllung seiner Pflichten und zur Wahrung seiner Rechte medizinische Sachverständige.

Der Amtsarzt dringt in Ausübung seiner amtlichen Funktionen in die Geheimsphäre des Privaten ein. Als Beamter erhält er Einblick in das Privatleben des Bürgers und ist diesem gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet; daneben erfährt er bei seiner amtlichen Tätigkeit Tatsachen, die sich auf Beratungen und Maßnahmen der Behörden beziehen, so daß er auch dem Staat gegenüber geheimhaltungspflichtig ist. In beiden Fällen ist aber der Staat Träger des Amtsgeheimnisses, und jede Verletzung desselben durch seine Organe richtet sich ausschließlich gegen ihn⁵⁶.

In der Schweiz wird das Amtsgeheimnis durch Art. 320 StGB geschützt.

⁵⁴ Vgl. BIZR 1947 Nr. 168, 1950 Nr. 149; SJZ 1947 p. 348.

⁵⁵ Vgl. Bund: BRB über das Verzeichnis der Ämter, deren Träger die Eigenschaft von Bundesbeamten haben (BS 1 p. 519 ff.), Kt. Zürich: VO über die Anstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege vom 15. März 1948.

⁵⁶ Eßlinger 10 ff.

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Gefängnis oder mit Buße bestraft.

Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.

Durch die Bestrafung des Verletzers eines Amtsgeheimnisses wird dem Vertrauen des Volkes in die Verschwiegenheit der Beamten Rechnung getragen⁵⁷. Im Gegensatz zum Berufsgeheimnis besteht aber beim Amtsgeheimnis keine Möglichkeit, den Geheimniswahrer durch den Individualberechtigten zur Offenbarung zu ermächtigen. Nur die Oberbehörde entscheidet, ob ein Beamter das ihm anvertraute oder von ihm wahrgenommene Geheimnis preisgeben darf. Es ist auch die vorgesetzte Behörde, welche einen Amtsarzt während und auch nach der Dienstzeit zur Offenbarung eines Amtsgeheimnisses zu ermächtigen hat, sofern er sich gegenüber einem Gericht als «Partei, Zeuge oder gerichtlicher Sachverständiger über Wahrnehmungen, die er kraft seines Amtes oder in Ausübung seines Dienstes gemacht hat und die sich auf seine dienstlichen Obliegenheiten beziehen», äußern will⁵⁸. Im Gegensatz zum Berufsgeheimnis ist die Verletzung des Amtsgeheimnisses zudem als Officialdelikt von Amtes wegen zu bestrafen, so daß auch geringfügige Indiskretionen ex officio verfolgt werden müssen. Dagegen besteht innerhalb der gleichen Dienstabteilung eine Pflicht zur Erteilung von Auskünften. Diese richtet sich jedoch nicht gegenüber Dienststellen anderer Verwaltungen, es sei denn, der Amtsarzt werde auf Grund eines besonderen Rechtssatzes dazu verpflichtet. Aber auch gegenüber der eigenen Dienstabteilung darf eine Geheimnisoffenbarung in Ausübung einer Amtspflicht (StGB 32) nur dann erfolgen, «soweit diese Stelle zur Erfüllung ihrer eigenen Pflicht auf diese Auskunft angewiesen ist⁵⁹».

⁵⁷ Großmann 17 ff.

⁵⁸ Vgl. BG über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 Art. 27, 28 (BS 1 p. 496); ferner Beamtenordnung I (BS 1 p. 610 ff.) Art. 20; Beamtenordnung II (BS 1 p. 658 ff.) Art. 16; Angestelltenordnung (BS 1 p. 688 ff.) Art. 27.

⁵⁹ Reichlin: «Die Schweigepflicht des Beamten», vgl. NZZ 9. April 1952, ZSGV 1952 p. 473 ff.

Eine Doppelstellung nehmen jene Mediziner ein, die neben freier ärztlicher Berufsausübung auch noch für den Staat bestimmte Amtsgeschäfte erledigen (z. B. der nebenamtliche Bezirksarzt). Für ihre amtliche Tätigkeit unterstehen sie dem Art. 320 StGB, während sie für die private Tätigkeit als behandelnder Arzt an die Berufsgeheimhaltungspflicht im Sinne von StGB 321 gebunden sind.

In seinem Bestreben, zum Wohle der Gemeinschaft die Volksgesundheit zu erhalten und zu verbessern, kann der Staat den ärztlichen Beruf in beschränktem Umfange verstaatlichen. Durch Errichtung öffentlicher Krankenanstalten ermöglicht er es nicht nur dem Arzt, sich an diesen Instituten auszubilden und sein Können weiterzuentwickeln, sondern der Staat gibt der Medizin auch die Möglichkeit, auf Grund der neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse mit kostspieligen Apparaten und Einrichtungen, die sich der einzelne Arzt nicht leisten könnte, Krankheiten besser und schneller zu heilen. Daneben soll auch jenen Volksschichten eine ärztliche Behandlung ermöglicht werden, die es sich finanziell nicht gestatten können, einen Privatarzt aufzusuchen. In Großbritannien wird ferner der größte Teil aller Spezialfälle nur noch in öffentlichen Krankenhäusern behandelt, so daß dort der Spitalarzt neben dem Privatarzt der eigentliche Träger des staatlichen Gesundheitsdienstes ist.

Der Spitalarzt befindet sich in der Regel rechtlich in einem Beamtenverhältnis, wobei die Anstellung wie auch die Haftung gegenüber der Anstalt bzw. dem Staat öffentlich-rechtlich geregelt ist⁶⁰. Obwohl aber zwischen dem Spitalarzt und dem Anstaltspatienten kein direktes Rechtsverhältnis besteht (der Arzt handelt als Angestellter des Staates) und der Mediziner formell als Beamter in amtlicher Funktion wirkt, übt er doch im Gegensatz zum vorher erwähnten Amtsarzt im engeren Sinne, seinen Heilberuf aus und gilt als Helfer und Vertrauter seiner Patienten. Die Stellung und Funktion des Spitalarztes zum Patienten ist somit genau dieselbe wie diejenige des Privatarztes, obgleich er vom Staat bezahlt wird. Jede gegenteilige Auffassung, die sich formalistisch an das formale Moment des Beamtenverhältnisses klammert, entspricht nicht den

⁶⁰ Vgl. Zürich: Regl. für die Ärzte an den kant. Kranken- und Heilanstalten v. 29. Juni 1950 §§ 2 und 11; VO über die Amtsstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege vom 13. März 1948; BB über den Normalarbeitsvertrag für Assistenzärzte vom 28. März 1947 (BS 8 p. 261 ff.); ferner BGE 54 II 120 ff., 70 II 208, 71 IV 139, 146; BIZR 1938 Nr. 112, 1945 Nr. 18.

Tatsachen und würde «nicht nur zwei Kategorien von Ärzten, sondern auch zwei Kategorien von Patienten schaffen⁶¹». Deshalb muß das echte Vertrauensverhältnis zwischen dem behandelnden Arzt der öffentlichen Spitäler, Polikliniken, Irren- und anderen Anstalten und seinen Patienten durch die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht des Art. 321 StGB geschützt werden, wobei auch in bezug auf Anzeige-, Auskunfts-, Zeugnis- und Editionsspflicht kein Unterschied zwischen Spitalarzt und Privatarzt gemacht werden darf.

Dagegen können auch Spitalärzte amtliche Funktionen ausüben. Man denke vor allem an die administrative Tätigkeit oder an andere Aufgaben, bei denen sie nicht als Vertrauenspersonen helfend an den Kranken herantreten, sondern im Auftrag des Staates als medizinische Sachverständige wirken und als Amtsärzte ihre Pflicht erfüllen, die nichts mit ihrem ursprünglichen Heilberuf zu tun hat. Für alle dabei wahrgenommenen oder anvertrauten Geheimnisse unterstehen sie dem Amtsgeheimnis im Sinne des Art. 320 StGB. Für das Problem Berufsgeheimnis/Amtsgeheimnis ist demnach für den Arzt nicht die rechtliche Beamtenstellung maßgebend, sondern nur die Tatsache, daß die Beamtenqualität eine *conditio sine qua non* bildet, daß der Beamte in den Besitz des Geheimnisses kommen konnte⁶². Diese Regel zeigt somit, daß nur der eigentliche Amtsarzt im engeren Sinne, der auf Grund seiner amtlichen Stellung Geheimnisse wahrnimmt, dem Amtsgeheimnis gemäß StGB 320 unterstellt ist. Der Spitalarzt aber, und mit ihm auch jeder andere beamtete Arzt, der trotz seines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses eigentliche Krankenbehandlungen vornimmt, untersteht der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht im Sinne von Art. 321 StGB.

⁶¹ Schwarz a. a. O. p. 900; ferner Ulrich 18, Krähenbühl 116, Roth a. a. O. p. 415.

⁶² Dazu ausführlich P. Reichlin in ZSGV 1952 p. 473 ff.

Krankenkassen und Versicherungen

§ 1 ALLGEMEINES

Die Sozialversicherung hat in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts einen ungeheuren Aufschwung erlebt, wobei jedoch die anfänglich vorhandenen Ideen und die Art der Realisierung derselben verschiedene Wege gingen. Noch ist die Entwicklung nicht abgeschlossen, und wir stehen in bezug auf die Gesetzgebung in der Sozialversicherung vor entscheidenden Änderungen, bei denen nicht nur die Interessen des Staates, des einzelnen Bürgers, sondern auch ganzer Berufsgruppen (Ärzte) mitspielen. Es ist dabei zu hoffen, daß die künftige Struktur der Sozialversicherung stets durch evolutionelle Ereignisse geschaffen wird, und daß in unserem Lande keine revolutionären Methoden einreißen mögen, die vor allem die Nachahmung des nahen und fernen Auslandes zum Ziele haben.

Die Einführung der Sozialversicherung stieß in noch zu erläuternder Hinsicht bei der Ärzteschaft auf eine große Entrüstung, die auch heute noch, nach vierzigjährigem Bestehen des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG vom 13. Juni 1911), nicht viel nachgelassen hat. Immer wieder fühlt sich der Ärztestand durch die Versicherung diffamiert, verproletarisiert und entmündigt. Der Mediziner sieht eine staatlich geförderte Gefahr, die aus dem Arzte einen Beamten machen will, einen staatlichen Funktioniär, der sich mit kleinen medizinischen Fällen sowie mit dem Ausstellen von belanglosen ärztlichen Zeugnissen herumschlagen muß und im übrigen einen ungeheuren, zeitraubenden und unwürdigen Formulkrieg mit der Bürokratie zu führen hat. Mögen auch viele dieser Einwände als übertrieben oder ungerechtfertigt erscheinen, so kann man doch wiederum an Beispielen aus verschiedenen europäischen Ländern (Deutschland, England, Schweden) lernen, daß der vollstaatliche Gesundheitsdienst als Ergebnis einer übertriebenen Sozialpolitik nicht nur für den Arzt, sondern auch für den Bürger und den Staat selbst Gefahren bringt, welche der zugrundeliegenden sozialen Maxime, allen zu helfen und für alle zu sorgen, schädlich sind. Die Idee des Wohlfahrtsstaates läßt sich eben schlecht mit dem bürokratischen System der Verwaltung vereinbaren. Wird

der Arzt nur noch als fixbesoldeter oder pro Patient mit einem pauschalen Kopfgeld entschädigter Staatsfunktionär betrachtet, so besteht leicht die Gefahr der Massenabfütterung. Das zur Diagnose und zur zweckmäßigen Heilmethode unbedingt notwendige Vertrauen zwischen Arzt und Patient wird zunichte gemacht, und der Kranke läßt sich gleich einem Geschäftskunden beim staatlich bezahlten Medizinalbeamten kostenlos und daher um so häufiger für jede Kleinigkeit behandeln.

Heute gehört wohl der allergrößte Teil der Schweizer Bevölkerung irgendeiner Art staatlich anerkannter Krankenkasse oder einer privaten Versicherung an, eine Tatsache, die man bei der Einführung der Sozialversicherung wohl kaum vorausgesehen hatte¹. Einzelne Krankenkassen und private Versicherungsanstalten sind im Laufe der letzten Jahrzehnte zu ungeheuren, großen Unternehmungen angewachsen. Wohl befolgen sie immer noch die zugrunde liegende, staatlich befohlene Idee der Fürsorge, doch tritt dieser soziale Charakter in der Praxis oft in den Hintergrund, um rein wirtschaftlichen Interessen Platz zu machen. Ein großer Verwaltungsbetrieb regelt schematisch die Geschäfte nach statistisch und versicherungsmathematisch bedingten Prinzipien und versucht mit rein kaufmännischen Mitteln das Unternehmen auf einer wirtschaftlich gesunden Grundlage zu betreiben². Die dabei mitspielenden finanziellen Bestrebungen führen dazu, die fürsorglichen Leistungen auf das Notwendigste zu beschränken und vor allem die Hilfeleistungen der Anstalt, der Ärzte und der Apotheken genau zu reglementieren und zu kontrollieren.

«Zwischen das natürliche Vertrauensverhältnis Arzt/Kranker schiebt sich ein störendes Drittes, eine bürokratisch geleitete Verwaltung³.» Die bezahlende Krankenkasse beschränkt dem Arzt die Art der Behandlung auf die kassenzulässigen Maßnahmen, und dieser hat die Anweisung der auftraggebenden Anstalt zu befolgen, sofern er nicht vom Patienten für oft selbstverständlich erscheinende «Extraleistungen» privat honoriert wird oder auf die Bezahlung der im Kassentarif nicht vorgesehenen Behandlung altruistisch verzichten will. Das früher geschilderte freie Vertrauensverhältnis zwischen dem hilfesuchenden Patienten und seinem Arzt wird durch verschiedene Beschränkungen und Kontrollrechte der Versicherung gestört.

¹ Nach Egli, SAeZ 1952 p. 394 gehören ca. 65 % der Bevölkerung Krankenkassen an.

² SAeZ 1943 p. 441 ff. ³ Egli in SAeZ 1946 p. 37.

Wohl bleibt als Grundlage die freie Arztwahl gemäß Art. 15 KUVG gewährt, doch immerhin nur mit der wesentlichen Einschränkung, daß der Patient einen «an seinem Aufenthaltsort oder in dessen unmittelbarer Umgebung praktizierenden Arzt» zu wählen hat⁴. Ebenso wird die freie Spitalwahl auf die von den Krankenkassen anerkannten «allgemeinen Abteilungen der öffentlichen Spitäler, Heil- und Pflegeanstalten, d. h. auf die sogenannten Vertragsspitäler» beschränkt. Neben der Kontrollbefugnis durch den eigentlichen Vertrauensarzt, worüber weiter hinten ausführlicher berichtet werden soll, hat die Versicherung zudem das Recht, «die Zuziehung eines zweiten Arztes anzuordnen» (Art. 15 Abs. 2 KUVG), der sich auf Antrag als zusätzlicher beratender oder kontrollierender Arzt in das ursprüngliche Verhältnis zwischen Patient und behandelndem Arzt einmischen kann. Die Behandlung selbst bleibt auf die kassenzulässigen Mittel beschränkt, so daß sich der Versicherte, insbesondere der Minderbemittelte, leicht als zweitrangiger Kassenpatient zurückgesetzt fühlt, indem er auf die neuesten, wissenschaftlich erforschten und als erfolgreich befundenen Heilmethoden verzichten muß, weil diese im «nachhinkenden» Kassentarif oft während Jahren noch nicht enthalten sind.

Am schwersten wird jedoch durch die Sozialversicherung das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient in bezug auf das ärztliche Berufsgeheimnis getroffen. Wenn ein Bewerber um seine Aufnahme in eine Krankenkasse oder private Versicherung nachsucht, so weiß er genau, daß er sich einer «Eintrittsmusterung» zu unterziehen hat. Er will also, daß die von der Versicherung gestellten Fragen beantwortet werden, von denen seine Aufnahme und die späteren Leistungen der Anstalt abhängen⁵. Oft hat der Antragsteller selbst einen Fragebogen zu beantworten und so der Gesellschaft über sich selbst zu berichten. Meistens wird jedoch ein eigens von der Versicherung bestimmter Vertrauensarzt den Bewerber im Auftrage des Unternehmens untersuchen und der Versicherung über seine Wahrnehmungen berichten, eventuell sogar auf Grund seiner Feststellungen einen Antrag auf Ablehnung oder Aufnahme stellen. In beiden Fällen ist sich der Bewerber bewußt, daß der ihn unter-

⁴ Dazu Egli, p. 35 ff., Die freie Arztwahl (Art. 15 KUVG); p. 62 ff., Ausnahmen der freien Arztwahl (Art. 16 KUVG); p. 71 ff., Ausnahmen, insbes. n. Art. 16 Abs. 2 KUVG; p. 77 ff., Ausnahmen gemäß Art. 17 KUVG; vgl. auch SJZ 1941 p. 217, SAeZ 1944 p. 520 ff., 1954 p. 107.

⁵ Placzek 57.

suchende Arzt im Auftrage der Versicherung handelt und demnach dieser gegenüber zur Offenbarung der wahrgenommenen Tatsachen verpflichtet ist⁶. Von einem «Anvertrauen» kann somit keine Rede sein, und der gewissenhafte Arzt wird dem Exploranden von vorneherein auch klarmachen müssen, daß er Vertrauensarzt der beauftragenden Anstalt sei, so daß der Bewerber nicht mit der Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses rechnen könne. Als Folge davon erfährt die Versicherung meistens nur das zur Beantwortung ihrer Fragen Unerläßliche, obgleich der Versicherte damit rechnen muß, daß unter Umständen die Leistung der Anstalt reduziert wird oder sogar unterbleiben kann, falls er ihr wesentliche Tatsachen wissentlich verschweigt. Der Bewerber darf die Intervention des Vertrauensarztes weder vor noch nach dem Versicherungsabschluß als ein widerrechtliches Eindringen in seine Geheimsphäre empfinden, da er zu einer Auskunftserteilung entweder stillschweigend oder auch ausdrücklich eingewilligt hat. Oft bestimmen Versicherungen oder Krankenkassen in ihren Statuten oder Aufnahmebestimmungen, daß der Versicherte von vorneherein den Vertrauensarzt von seiner Berufsgeheimhaltungspflicht der Anstalt gegenüber zu entbinden hat.

Ganz anders als zum Versicherungsarzt ist aber das Verhältnis des Patienten zu seinem behandelnden Arzt, der oft auch zugleich sein Hausarzt sein wird. Dieser hat den Patienten nicht als Kontrollorgan einer Versicherung zu untersuchen, sondern muß dem, ihn in seiner Eigenschaft als Arzt aufsuchenden Kranken oder Verunfallten uneingeschränkte Hilfe gewähren. Die persönlichen Beziehungen zwischen dem Patienten und seinem frei gewählten Arzte sollen deshalb in bezug auf Vertrauen jenem Verhältnis entsprechen, welches weiter vorne geschildert wurde, und das die Voraussetzung für jede erfolgreiche ärztliche Tätigkeit bildet. Andernfalls würde der Kassenpatient als benachteiligter Bürger «zweiten Ranges» diskriminiert werden. Auch wenn die Bezahlung des Honorars und der Medikamente indirekt durch die Versicherung erfolgt, bleibt der Kassenpatient gegenüber dem Kassenarzt Auftraggeber, wobei jedoch für die freie Arztwahl die vorhin gemachten Einschränkungen gelten. Der Kranke weiß zwar, daß sein Arzt der Versicherung gegenüber von seinen Leistungen berichten muß, damit diese das ärztliche Honorar ausbezahlen kann. Er hat selbst sofort nach der Erkrankung oder nach einem Unfall für einen Krankenschein bzw. Unfallschein besorgt zu sein, den er meist schon bei der ersten Kon-

⁶ Vgl. dazu Art. 1–9 VVG, ferner BGE 72 II 124 ff., 75 II 158.

sultation seinem Arzt übergibt, mit dem Ersuchen, denselben auszufüllen und rechtsverbindlich zu unterzeichnen. Er entbindet den Arzt somit stillschweigend von jenen «Geheimnissen», welche dieser der Versicherung mitzuteilen hat. Niemand kann jedoch vom Patienten verlangen, daß er von vornherein ganz auf seine Geheimsphäre verzichten soll, ja nicht einmal das Mitglied selbst kann mit einer generellen Erklärung bestimmen, daß alle während seiner Versicherungsperiode von einem Arzt festgestellten Geheimnisse oder Wahrnehmungen als vom ärztlichen Berufsgeheimnis entbunden preisgegeben werden können (vgl. die Bemerkungen zu Art. 27 ZGB, Kap. 1, § 3 II dieser Arbeit).

Auch der von der Versicherung anerkannte Arzt ist an die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht gebunden. Es ist für ihn oft schwer zu erkennen, was für Tatsachen der Patient ihm in seiner Eigenschaft als Kassenarzt oder als frei gewählter und vertrauter Arzt in einer Person mitteilt. Heute, da beinahe jeder praktizierende Arzt Kassenpatienten behandelt, wobei die einer Krankenkasse oder Versicherung angehörenden Patienten oft sogar die Mehrzahl bilden, wird der einzelne Kranke dem Arzt in der Regel wohl kaum spezielle Angaben unter besonderer Betonung der Geheimhaltung machen. Er sieht in erster Linie den Arzt, von dem er Hilfe in seinem Leiden fordert und dem er sich daher willentlich anvertrauen muß; erst an zweiter Stelle denkt er daran, daß die Krankenkasse es ist, welche den Mediziner für seine Leistungen bezahlt und deshalb auch Einblick in die Art der Krankheit und deren Behandlung haben muß. Gerade weil der Arzt eine allgemeine Preisgabe der Geheimsphäre seines Patienten nicht als erlaubt voraussetzen darf, muß er wohl unterscheiden zwischen anvertrauten Geheimnissen, besonders wenn es sich dabei noch um Geheimnisse Dritter handelt, und Tatsachen, bei denen der Patient sich in der Regel stillschweigend einverstanden erklärt oder auf Grund von Versicherungsbestimmungen auch einverstanden erklärt hat, daß sie an die Kasse mitgeteilt werden.

Besteht in der unbefugten Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht durch den Arzt neben einer eventuellen privatrechtlichen Klage auch noch die Möglichkeit einer Strafverfolgung nach Art. 321 StGB, so gelten auch für die Versicherungen bzw. deren Organe die Schutznormen des Privatrechtes, mit welchen die unbefugte Verletzung der Geheimsphäre des Versicherten als dessen subjektives Persönlichkeitsrecht geahndet werden können. Wenn der

Versicherte gegenüber dem Arzt oder der Krankenkasse bzw. deren Organen Geheimnisse aus seiner eigenen Geheimsphäre preisgibt, so tut er das, um es der Versicherung gemäß deren Bestimmungen zu ermöglichen, eine Geld- oder Naturalleistung auf Grund der eingereichten Belege zu erbringen. Der Umfang der Preisgabe seiner bisherigen Geheimnisse ist damit allgemein umschrieben. Wohl ist die Zahl der Mitwisser vor allem in Person der Kassenfunktionäre größer geworden. Eine erlaubte Preisgabe der geheimzuhaltenden Tatsachen an weitere Dritte, welche außerhalb des möglichst eng zu haltenden Personenkreises der Kassenverwaltung stehen, darf nicht angenommen werden. Demnach kann jeder Mißbrauch, worunter vor allem die Einbeziehung von, den konkreten Fall nicht berührenden Personen innerhalb und außerhalb der Versicherung zu verstehen ist, zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen. Wird die allgemein anerkannte und durch das Recht geschützte ärztliche Schweigepflicht sowie das Recht an der eigenen Geheimsphäre durch die Sozial- und Individualversicherung schon wesentlich abgeschwächt, so muß streng darauf geachtet werden, daß diese, durch die bedingte Einwilligung des geheimnisberechtigten Versicherten erlaubte Durchbrechung nicht durch unbefugten Gebrauch der nur für die Versicherung bzw. nur für einen engbegrenzten Personenkreis bestimmten Mitteilungen von seiten des Anstaltspersonals zu einer widerrechtlichen Verletzung der Geheimsphäre ausartet. Zwar handelt es sich bei der mißbräuchlichen Verwendung der den Versicherten betreffenden Geheimnisse direkt nicht um die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht; doch kann indirekt oft ein Bruch des Berufsgeheimnisses zugrunde liegen, indem es der Arzt bei seinen Mitteilungen an die Versicherung vielleicht unterlassen hat, sich über die zweckmäßige Verwendung seines medizinischen Berichtes zu vergewissern oder in der Abfassung seines Gutachtens, seines Attestes oder Krankenscheines allzu offen von den persönlichen Verhältnissen des Patienten erzählte.

§ 2 GRUNDSÄTZE FÜR VERTRAUENSÄRZTE

Heute haben nicht nur die meisten anerkannten Krankenkassen und Versicherungen ihren Vertrauensarzt oder Rechnungsprüfungsarzt, sondern auch viele öffentliche Anstalten (SBB, PTT u. a. m.) und große private Geschäftsbetriebe vertrauen die sie interessierenden

medizinischen Probleme einem eigens dazu bestimmten Arzte an. Dieser Vertrauensarzt wirkt im Auftrag der Organisation und hat dieser über seine Tätigkeit, Feststellungen und Vorschläge Bericht zu erstatten. Er hat in erster Linie die Interessen des Auftraggebers zu wahren und wird für diese Aufgabe in der Regel nach Einzelleistungen, oft aber auch mit einem Fixum pauschal entschädigt.

Die Stellung des Vertrauensarztes ist eine sehr vielseitige, welche in einem zwischen dem Arzte und der ihn bestellenden Organisation abgeschlossenen Verträge genau umschrieben werden sollte. Dabei sind bestimmte «Grundsätze für Vertrauensärzte» zu befolgen, welche gemeinsam zwischen dem Konkordat der schweizerischen Krankenkassen und der Verbindung der Schweizer Ärzte am 1. Januar 1943 vereinbart wurden⁷. Gemäß Beschluß der schweizerischen Ärztekammer vom 1. Juli 1945 wurden diese Grundsätze für alle Mitglieder der Verbindung der Schweizer Ärzte als verbindlich erklärt, so daß dadurch die Stellung des Vertrauensarztes erfreulicherweise mit den herrschenden Standesfragen in Übereinklang gebracht wird.

Oft herrscht die Ansicht vor, daß der Vertrauensarzt in erster Linie sachverständiger Berater der ihn bestellenden Organisation zu sein hat, welcher vor allem über die neu aufzunehmenden Mitglieder vom medizinischen Standpunkt aus befinden muß und der Kasse im übrigen in Fragen der Hygiene, Krankheitsverhütung, Verminderung der Morbidität sowie über allgemeine, die Versicherung berührende medizinische Probleme Bericht erstattet. Das einzelne Mitglied ist sich aber oft zu wenig bewußt, daß der Vertrauensarzt seiner Krankenkasse auch ermächtigt ist, und dazu in der Praxis sehr oft auch aufgefordert wird, sich in das persönliche Verhältnis zwischen dem Kassenpatient und seinem behandelnden Privatarzt einzuschalten, um die Art der Krankheit sowie die getroffenen Maßnahmen der Behandlung am Patienten selbst zu überprüfen. Der Vertrauensarzt muß sogar auf Wunsch der Versicherung den Patienten auch nach seiner Aufnahme als Mitglied untersuchen und darüber der auftraggebenden Anstalt selbständig berichten. Es ist wohl verständlich, daß dem Versicherungsunternehmen das Recht zur Nachprüfung der zu bezahlenden und vertraglich bestimmten Leistungen zugesprochen werden muß, zumal ja dieses Kontrollrecht in den meisten Fällen einem Vertrauensarzt oder Rechnungs-

⁷ Abgedruckt: SAeZ 1943 p. 59 ff., SAeZ 1945 p. 339 ff., über Stellung und Aufgaben des Vertrauensarztes vgl. Egli 82 ff., Roth a. a. O. p. 406 ff.

prüfungsarzt übertragen wird. Es ist auch begreiflich, daß die Kasse als zahlender Teil vor allem bei Verdacht auf Simulation oder Übertreibung von Krankheiten und Gebrechen durch ihren eigenen Vertrauensarzt ein Kontrollrecht ausüben muß, um sich und die in der Regel durch Subventionen oder Vergünstigungen beteiligten öffentlichen Geldgeber vor betrügerischer Inanspruchnahme finanzieller Hilfe zu schützen⁸. Der Art. 23 Abs. 2 KUVG bestimmt: «Die Kassen sind nicht gehalten, ungerechtfertigte Behandlungskosten oder Arzneien, die nicht von einem zur Behandlung befugten Arzt verordnet wurden, zu bezahlen.» Deshalb muß der Krankenkasse durch ein allerdings nicht unbeschränktes Kontrollrecht die Möglichkeit gegeben werden, von dieser Schutznorm Gebrauch zu machen. Stoßend in bezug auf die berufliche Schweigepflicht und an sich geradezu ungesetzlich wirkt jedoch die Bestimmung von Absatz IV § 4 der erwähnten «Grundsätze für Vertrauensärzte», wonach «der behandelnde Arzt dem Vertrauensarzt *alle* zur Beurteilung notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen hat (Angaben über Diagnose und bisherige Behandlung, nachgeführter Krankenschein, Angaben über weitere Behandlung)». Es erscheint m.E. unerlaubt, daß solche Tatsachen oder gar die Krankengeschichte selbst einem, obgleich ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertrauensarzt offenbart werden dürfen, sofern das ausdrückliche Einverständnis zur Mitteilung oder zur Edition von medizinischen Urkunden (Krankengeschichte, ärztliche Atteste usw.) von seiten des Patienten als dem eigentlichen Geheimnisherrn nicht vorliegt. In gewissem Sinne bleibt das ärztliche Geheimnis allerdings zum Teil gewahrt, da ja die Mitteilung vom behandelnden Arzt an den Vertrauensarzt direkt erfolgt. So verpflichtet auch Absatz VII § 1 der zitierten Grundsätze den Vertrauensarzt *expressis verbis* zur Wahrung des Berufsgeheimnisses. Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß der Vertrauensarzt stets im Auftrage der Kasse, der Versicherung oder der ihn bezahlenden öffentlichen oder privaten Organisation handelt, und daß er gewissermaßen als «arbeitnehmender Arzt» gegenüber der «arbeitgebenden Kasse» auskunftspflichtig ist⁹. Immerhin liegt es in der Möglichkeit des Vertrauensarztes, seine Befunde, Entscheide oder Mitteilungen allgemein abzufassen, zu tarnen, um so den Schein des Berufsgeheimnisses einigermaßen zu wahren. Absatz

⁸ Vide Art. 51, 52, 53 KUVG, ferner: Zürich, EG zum KUVG v. 6. Juni 1926 §§ 23–25.

⁹ SAeZ 1945 p. 443.

VII § 2 der «Grundsätze» lautet: «Der Vertrauensarzt ist nicht gehalten, der Behörde oder der Organisation gegenüber, in deren Auftrag er handelt, die medizinische Begründung seiner Entscheide näher zu präzisieren.» Bei größeren Kassen ist es zudem in der Regel der Vertrauensarzt oder der sogenannte Rechnungsprüfungsarzt, welcher allein Einsicht in die Krankenscheine erhält, und der mit dem behandelnden Arzt über geheimzuhaltende, den Patienten betreffende Belange verhandelt. Es besteht jedoch keinerlei gesetzliche Pflicht, die Behandlung der medizinischen Fragen an Vertrauensärzte zu übertragen, da der Art. 18 KUVG lediglich bestimmt: «Die Kassen sind *befugt*, Vertrauensärzte, insbesondere zur Kontrolle des ärztlichen Dienstes, zu bestellen.» So haben kleinere und vor allem ländliche Kassen oft keine festbesoldeten Medizinalpersonen in ihrem Betrieb, welche dort als Vertrauensärzte oder Rechnungsprüfungsärzte, sei es haupt- oder nebenamtlich, wirken. Oft ist es der lokale Kassenverwalter oder ein Büroangestellter, der gezwungenermaßen von der Krankheit des versicherten Mitglieds erfährt, indem er die Krankenscheine und die darin enthaltene ärztliche Diagnose und Heilmethode von der Kasse aus zu überprüfen hat. Besonders bei Zeitschriftenversicherungen ist es ein Vertrauensmann oder Agent, welcher vor allem auf dem Lande die Krankenscheine als erster empfängt, darin Einsicht nimmt und alsdann an die nächste größere Filiale des Unternehmens weiterleitet. Solche Vertrauensmänner werden in der Regel auch beauftragt, vor allem bei Taggeldversicherungen, Krankenbesuche abzustatten und neben oder an Stelle eines Vertrauensarztes die Arbeitsunfähigkeit des Mitglieds zu kontrollieren. Daraus ergibt sich, daß durch das Institut der Krankenkassen und durch deren unumgänglichen bürokratischen Betrieb das ärztliche Berufsgeheimnis häufig verletzt wird, selbst da, wo der behandelnde Arzt sich direkt an einen Vertrauensarzt wenden kann. – Abs. IV § 5 der «Grundsätze für Vertrauensärzte» lautet: «In allen Fragen des vertrauensärztlichen Dienstes verkehrt ausschließlich der Vertrauensarzt direkt mit dem behandelnden Arzt.» – So räumen auch etliche größere Organisationen, z.B. SUVA, EMV, SBB, allgemeine Bundesverwaltung¹⁰, ihren Vertrauensärzten weitgehende Kompetenzen ein und übertragen ihnen die Erledigung von allen medizinischen Angelegenheiten ihrer Mitglieder. Es sollte aber auch für sämtliche anerkannten öffentlichen und privaten

¹⁰ Vgl. VO über den verwaltungsärztlichen Dienst für die allgemeine Bundesverwaltung vom 6. Januar 1925 (BS I 775 ff.).

Krankenkassen zur Pflicht gemacht werden, nur Vertrauensärzte oder Rechnungsprüfer Einsicht in die Krankenscheine ihrer Versicherten nehmen zu lassen. Die Krankenkassen als Träger der Sozialversicherung sollen den Staat in seiner Sozialpolitik unterstützen; sie sollen dazu beitragen, durch soziale Fürsorge eine gesunde Bevölkerung zu erhalten und dem Einzelnen im Bedarfsfall zu seiner Gesundheit, als seinem wertvollsten Gut, zu verhelfen. Dazu gehört aber auch die Respektierung der Geheimsphäre jedes einzelnen Mitgliedes! Vor allem der minderbemittelte Bürger soll sich ganz seinem freigewählten Arzte anvertrauen können, ohne befürchten zu müssen, daß durch schwatzhafte Kassenfunktionäre mit seinen Geheimnissen Mißbrauch getrieben wird, oder daß man die Kenntnis von seiner Krankheit an weitere Personen unnötig und unerlaubt verbreitet. Es tut deshalb vor allem im Versicherungswesen dringend not, die wichtige und durch das Gesetz geschützte ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht in der Öffentlichkeit, bei Ärzten und verantwortlichen Kassenorganen, nicht zuletzt aber auch bei den Richtern, welche Fälle von Verletzung des Berufsgeheimnisses zu beurteilen haben, hervorzuheben. Sonst würde es immer wieder vorkommen, daß viele, vor allem Minderbemittelte, die es sich aus finanziellen Gründen nicht leisten können, einen eigenen, von der Kasse unabhängigen Privatarzt aufzusuchen, bei irgendeinem billigen Kurpfuscher Hilfe suchen, der ihnen als höchstes Geschäftsprinzip absolute Diskretion verspricht.

Es ist wohl richtig, daß gewisse Ärzte, vor allem auch Vertrauensärzte ihre Patienten vor der Behandlung auf ihre Pflicht zur Mitteilung des Untersuchungsergebnisses an die Krankenkasse oder Versicherung aufmerksam machen. Dabei ist allerdings zu unterscheiden, daß im allgemeinen der Vertrauensarzt nicht im Auftrage des Mitgliedes ärztliche Hilfe erteilt, sondern im Auftrag der Versicherung den Patienten, dessen Krankheit sowie die vom Privatarzt angeordnete Behandlung kontrolliert und gemäß den Bestimmungen der Krankenkasse als mit dem festgelegten Tarif vereinbar oder unvereinbar beurteilt. Aber auch die Tätigkeit des Vertrauensarztes untersteht weitgehend dem Schutz des Berufsgeheimnisses im Sinne des Art. 321 StGB; denn auch der Vertrauensarzt muß der Anstalt über seine Feststellungen, in der Regel in Form eines schriftlichen Untersuchungsberichtes, Mitteilung machen und so private Angelegenheiten des Kassenpatienten an dritte Personen weiterleiten. Liegt dazu das Einverständnis des Geheimnisberechtigten vor, so

macht sich der Vertrauensarzt gemäß den Bestimmungen von Art. 321 Abs. 2 StGB nicht strafbar, sofern er sich in der Mitteilung an seine Auftraggeber nur auf Begebenheiten des Untersuchten beschränkt und wahrgenommene Tatsachen über Dritte ohne Ermächtigung der jeweiligen Geheimnisberechtigten verschweigt. In den meisten Fällen wird jedoch der Patient in seinen Äußerungen oder in seiner Selbstdiagnose dem von der Versicherung bestellten Arzt gegenüber vorsichtig und zurückhaltend sein. Er weiß ja, daß vor allem der Vertrauensarzt nicht die Aufgabe hat, ihm in seiner Krankheit zu helfen, sondern daß er über die Rechtmäßigkeit der verlangten Leistung zu befinden bzw. dieselbe zu kontrollieren hat. Der Versicherer hat aber seinerseits ein großes Interesse, vom Versicherten wahrheitsgetreue Angaben zu erhalten. Es sollte die Kasse und damit auch den geldgebenden Staat in noch viel größerem Maße als den Privatarzt interessieren, den Patienten gesund zu erhalten oder seine Krankheit nach möglichst kurzer Zeit zu heilen, damit die finanzielle Hilfeleistung auf ein Minimum beschränkt bleibt. Dazu ist aber das absolute Vertrauen des Patienten nötig, ohne das eine richtige Diagnose erschwert wird, und damit eine zweckmäßige Heilmethode nicht frühzeitig genug einsetzen kann.

Vor allem die Lebensversicherungsgesellschaften müssen wegen der einzugehenden großen Risiken eine besondere, sorgfältige Auswahl und Klassifizierung der bei ihnen Versicherten vornehmen. Genaue Statistiken zeigen, daß oft für den Abschluß einer Police nicht nur ein ärztliches «Ja» oder «Nein» über das Ergebnis der «Eintrittsmusterung» entscheidet. Nur ein aufrichtiges Vertrauensverhältnis zwischen dem Bewerber und dem Versicherungsarzt ermöglicht es der Anstalt, über den Antragsteller auf Grund dessen «Heredität, Konstitution, Anamnese, vorhandenen Gebrechen, Leiden u. a. m.», sowie gemäß ihrer langjährigen Erfahrung, richtig zu befinden¹¹. Der einzelne Bewerber wird zwar indirekt gezwungen, bei der Aufnahme oder während der Versicherungsdauer nichts zu verheimlichen, da sonst im Schadensfalle die Leistung überhaupt unterbleiben bzw. bei Lebensversicherungen auf den Rückkaufswert oder die Hälfte beschränkt werden könnte¹². Damit nun das wahrheitsgetreue Offenbaren dem Antragsteller oder dem bereits Versicherten ermöglicht wird, muß der Vertrauensarzt durch beruflich bestqualifiziertes Können, durch Takt, Leumund und Anstand nicht

¹¹ Linsmayer, SAeZ 1946 p. 103 ff.

¹² Vgl. dazu VVG 26, 38, 39, 40.

nur gegenüber der Versicherung als Auftraggeber, sondern vor allem auch gegenüber dem Bewerber oder Mitglied Vertrauen erwecken und bezeugen. So nimmt der Vertrauensarzt in der heutigen Sozial- und Individualversicherung eine nicht zu unterschätzende Rolle ein. Zahlreiche Gerichtsurteile zeigen, daß der Vertrauensarzt als privater ärztlicher Experte mit seinem Urteil entscheidenden Einfluß auf das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versichertem haben kann¹³. Durch richtige Schilderung der Tatsachen nützt er nicht nur zur Kontrolle des ärztlichen Dienstes, sondern hilft mit, bei der Beurteilung späterer Inanspruchnahme der Versicherung, Meinungsverschiedenheiten auf Grund früherer ärztlicher Gutachten und Befunde abzuklären.

§ 3 KRANKENSCHHEINE

Der Inhalt jedes Krankenscheins bildet eine kleine, reduzierte Krankengeschichte, worin der Arzt der Versicherung in der Form eines Attestes über die Erkrankung oder den Unfall (Unfallschein) des Mitgliedes sowie über die angeordnete Behandlung der Leiden, in wenigen Angaben zusammengefaßt, Mitteilung macht. Der Krankenkasse wird es dadurch ermöglicht, die Berechtigung ihrer vertraglich festgelegten Leistungen zu überprüfen, dem Arzte das ihm zukommende Honorar auf Grund der durch den Krankenschein nachgewiesenen Arbeit zu entrichten sowie dem Patienten die ihn betreffende Entschädigung in Form von Taggeld, Übernahme der Spitalkosten, Abfindung usw. zu gewähren¹⁴. Die Versicherung hat also nicht nur ein Recht zu wissen, wofür sie zu bezahlen hat, sondern es kann überhaupt nicht geleistet werden für etwas, das nicht gemäß Angaben eines Krankenscheines oder eines anderen ärztlichen Zeugnisses unter die tariflich festgelegten Entschädigungen fällt¹⁵.

Die Art der Krankenscheine ist von Krankenkasse zu Krankenkasse sehr verschieden. Gemeinsam ist aber bei jeder Versicherung, daß sie über die Erkrankung oder den Unfall ihrer Mitglieder sowie über die vom behandelnden Arzt getroffenen Heilmethoden möglichst viel erfahren will. So kommt es, daß dem Arzt oft Fragen ge-

¹³ Z. B. BGE 72 II 124 ff., BGE 75 IV 71 ff.

¹⁴ Vgl. VVG 39, KUVG 12.

¹⁵ Placzek 65.

stellt werden, die weit über die üblichen Bemerkungen der Diagnose und Therapie hinausgehen. Bezeichnend für die spätere Verwendung der Krankenscheine ist auch die Forderung verschiedener Versicherungen, die im Atteste anzugebende Diagnose «in Deutsch» zu bezeichnen. Gewiß kann heute ein Fachausdruck oder der im ersten Augenblick oft unverständlich erscheinende Medizinaljargon keine Krankheit mehr verheimlichen, da jedes Konversationslexikon darüber die gewünschte Auskunft erteilt. Der Kassenbeamte hat es zwar leichter, die in Deutsch benannte Krankheit zu «verstehen», doch erkennt er dadurch noch nicht die Zweckmäßigkeit der damit verbundenen Heilmethoden und Heilmittel. Diese weiß nur der Vertrauensarzt, welcher aber auch die wissenschaftliche Bezeichnung verstehen wird¹⁶. Trotzdem für den Laien durchaus die Möglichkeit besteht, das Geheimnis der medizinischen Fachausdrücke zu ergründen, helfen diese doch mit, das ärztliche Berufsgeheimnis gewissermaßen zu wahren. Wenn der Arzt zum Beispiel statt des wissenschaftlichen Ausdrucks «carcinoma ventriculi» den deutschen Satz «nicht mehr operierbarer Magenkrebs» auf den Krankenschein schreiben muß, so entblößt er nicht nur dieses Geheimnis des Versicherten gegenüber jedem Kassenbeamten, der den Krankenschein empfängt, weiterleitet, kontrolliert, einordnet usw., sondern er übergibt dem Patienten geradezu sein Todesurteil, indem er ihm seine noch unbekannte oder aus verschiedenen Gründen besser geheimzuhaltende Krankheit offenbart. Gewiß hat der Arzt die schon erwähnte Möglichkeit, seine Mitteilungen an die Versicherung allgemein zu tarnen und statt eines Fachausdrucks oder gar der deutschen Bezeichnung die gestellten Fragen mit einem einfachen «Ja» oder «Nein» zu beantworten. Es liegt jedoch im Ermessen der Krankenkassen, solche oft nichtssagende Berichte zurückzuweisen oder ihre Zahlungen von einem ausführlich bzw. «richtig» ausgestellten Kassenschein abhängig zu machen.

Der Versicherte wird mit dem Ausstellen seines Krankenscheins wohl stets einverstanden sein, so daß sich dadurch für die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht keine besonderen Probleme ergeben. Es kann wohl vorkommen, daß der Patient den Arzt bittet, gewisse Umstände seiner Krankheit oder seines Unfalles auf dem Krankenschein oder Unfallschein zu verheimlichen bzw. nicht zu erwähnen. Der gewissenhafte Mediziner, der im Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient eine für die erfolgreiche Behandlung wichtige und

¹⁶ Dazu SAeZ 1943 p. 322.

unerläßliche Voraussetzung erblickt, wird diesem Wunsche auch stets entsprechen, sofern er darin keine dolose Absicht des Patienten erblickt. Er wird das Leiden mit einer unbestimmten Bezeichnung wie Nervenleiden, Muskelschwäche u. a. m. bestimmen, «bei denen man sich alles und nichts denken kann, wenigstens die Natur des Leidens nicht erkennt¹⁷». Weder der Arzt noch der Patient weiß, was alles mit dem ausgefüllten Krankenschein geschehen wird und wer dadurch Kenntnis von persönlichsten, das Mitglied berührenden Angelegenheiten erhält. Es wurde gezeigt, daß vor allem auf dem Lande Krankenscheine an Vertrauensmänner und Agenten ausgehändigt werden, welche sie an die nächst größere Filiale ihrer auftraggebenden Versicherung weiterzuleiten haben. Selbst ein verschlossener Briefumschlag gibt keine sichere Gewähr für die Diskretion der darin enthaltenen Mitteilung. Man kann sich deshalb leicht die schweren Folgen für den Betroffenen ausdenken, die in einem Dorfe durch einen solchen Geheimnisbruch entstehen können, wo jeder den andern kennt und jede Möglichkeit zum Ausschlachten von Sensationen gerne benützt wird.

Ganz ungewiß ist auch, was mit den Krankenscheinen im Verwaltungsbetrieb am eigentlichen Sitz der großen Versicherungsunternehmen geschehen kann. Wohl hat man die Kassenfunktionäre bis hinab zum kleinen Angestellten, der die kontrollierten Belege irgendwo für die Versicherung archiviert, zur absoluten Diskretion ermahnt; wie streng dieses Stillschweigen von Fall zu Fall gehandhabt wird, bleibe jedoch dahingestellt! Die Versicherungen verfügen aber in Form der mit den Jahren zu Tausenden sich anhäufenden Krankenscheine oft überkompromittierende, der allgemeinen Kenntnis sonst entzogene Geheimnisse der bei ihnen versicherten Mitglieder. Oft liegen bei der Krankenkasse weit zurück datierende Krankenscheine, deren Inhalt, sofern er heute einem bestimmten Dritten, einem gewissen Personenkreise, einer Behörde oder der Allgemeinheit bekannt würde, dem betroffenen Geheimnisberechtigten wirtschaftlich oder gesellschaftlich schaden könnte. Die Versicherungen besitzen damit Urkunden, deren Geheimhaltung weder dem gesetzlichen Schutz des Berufsgeheimnisses noch des Amtsgeheimnisses unterstellt sind. Wohl erklärte sich «damals» das Mitglied mit der Offenbarung seiner Geheimsphäre einverstanden, und der Patient entband seinerzeit den Arzt ausdrücklich oder stillschweigend von seiner ärztlichen Schweigepflicht, in der Absicht, sich selbst zu nüt-

¹⁷ Placzek 65.

zen, indem er es durch jene Angaben der Versicherung ermöglichte, an seiner Stelle den Arzt für die damals gewährte Hilfe zu honorieren. Später hat der Versicherte wohl kaum die Möglichkeit, frühere Krankenscheine, ärztliche Atteste, Berichte über Spital- oder Sanatoriumsaufenthalte usw. aus den Geschäftsakten der Versicherungsanstalt herauszunehmen, obwohl ihm später die Geheimhaltung früherer Krankheiten äußerst wichtig erscheinen kann.

Die Tatsache, daß durch die Krankenscheine einer großen Anzahl von Personen, welche mit dem umfangreichen Verwaltungsapparat einer großen Versicherung oder Krankenkasse beschäftigt werden, geheimzuhaltende, oft intime und kompromittierende Angelegenheiten von Mitgliedern bekannt werden, gestattet es die Frage aufzuwerfen, ob die Form der heutigen Krankenscheine oder allgemein die heute überall gebräuchliche Auskunftserteilung der Privatärzte an Krankenkassen nach dem Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches noch mit dem Gesetz vereinbar ist, oder ob es der Willkür jeder Krankenkasse überlassen ist, sich beliebige Fragen, die oft weit in die Geheimsphäre des Einzelnen hineinreichen, durch Ärzte beantworten zu lassen. Es wurde erwähnt, daß sich der Bewerber beim Abschluß eines Versicherungsvertrags verpflichtet, seine ihn behandelnden Ärzte gegenüber der Anstalt von der Berufsgeheimhaltungspflicht zu befreien. Dabei wird von der Annahme ausgegangen, daß diese als Bestandteil des Versicherungsvertrages abgegebene Ermächtigung der Vorschrift von Art. 321 Abs. 2 StGB entspricht, und daß demnach der Arzt bis zum Widerruf dieser Erklärung durch den Versicherten von seiner ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Krankenkasse entbunden wird. Das Mitglied erteilt demnach der Versicherung gewissermaßen eine Blankovollmacht, mit der sie berechtigt zu sein glaubt, vom Privatarzt jede gewünschte Auskunft über seinen Patienten zu erhalten. Der Versicherte hat vielleicht diese Ermächtigung, welche er mit der Beitrittserklärung abgeben mußte, als eine der vielen, der Versicherung gegenüber einzugehenden Verpflichtungen schon nach kurzer Zeit wieder vergessen; vielleicht wurde seinerzeit lediglich auf die Statuten verwiesen, wo oft in ähnlicher Art die Bestimmung zu finden ist, wonach die Kasse ermächtigt wird, den Arzt von seiner Berufsgeheimhaltungspflicht zu entbinden. Genügt nun dieses einmal abgegebene Einverständnis, um der Anstalt während der ganzen, oft jahre- oder jahrzehntelang dauernden Versicherungsperiode das Recht zu geben, bei jedem Krankheitsfall wieder neu

sich in das Verhältnis zwischen Patient und Arzt nach Belieben einzumischen und den jeweiligen behandelnden Mediziner über Diagnose und Therapie auszufragen und zu kontrollieren?

Es darf nicht vergessen werden, daß die oben erwähnte Ermächtigung zugunsten der Krankenkasse oder Versicherung errichtet wird, wobei sämtliche für die Anstalt tätigen Organe, mindestens jedoch die mit dem betreffenden Falle beschäftigten Angestellten in den weiten oder engen Kreis der «Versicherung» einbezogen sind. Aber auch dort, wo expressis verbis nur ein Vertrauensarzt der Versicherung zur Erfahrung der den Patienten betreffenden medizinischen Belange ermächtigt wird, gelten die im folgenden gemachten Bemerkungen:

Als im Sinne von Art. 321 Abs. 2 StGB genannter Berechtigter ist stets der private Geheimnisherr zu verstehen¹⁸. Nur der Patient ist demnach ermächtigt, in die Preisgabe seiner Geheimnisse durch seinen Privatarzt entweder schriftlich oder mündlich oder auch stillschweigend durch konkludentes Verhalten einzuwilligen. Diese Verfügung über das subjektive Recht an der eigenen Geheimsphäre als ein mit der Person des Berechtigten unzertrennbar verbundenes Persönlichkeitsrecht kann nicht gleich einer kaufmännischen Forderungsabtretung (OR 164ff.) an Dritte übertragen werden. Ganz ausgeschlossen ist es auch, Dritte mit einer Art Generalvollmacht für alle Zeiten zu ermächtigen, an Stelle des jeweiligen Geheimnisherrn den Arzt zur erlaubten Preisgabe seines Geheimnisses zu bewegen. Es ist die Meinung von Art. 321 Abs. 2 StGB, daß in jedem Fall nur der Geheimnisherr als Berechtigter, gemäß Wortlaut des Gesetzes, den Arzt zur Preisgabe des Geheimnisses ermächtigen kann. Es bleibt auch dem Berechtigten überlassen, den Personenkreis oder die Stellen zu bestimmen, denen seine Geheimnisse mitgeteilt werden dürfen, und der Arzt hat sich im Rahmen dieser Befugnis an die erteilte Vorschrift zu halten¹⁹. In der Regel wird jedoch eine solche Beschränkung in der Befugnis, Geheimnisse preiszugeben, vom Patienten nicht verlangt, so daß der Arzt anscheinend den ausgefüllten Krankenschein ohne Bedenken an die Versicherung weiterleiten kann, auch ohne sich im speziellen vergewissern zu müssen, daß dieser nur in die Hände der vom Berechtigten bestimmten Personen gelangt.

Es ist bezeichnend für die Verbreitung der französischen Einstellung zum Berufsgeheimnis, daß viele Ärzte der welschen Schweiz

¹⁸ Hafer 857. ¹⁹ Thormann-v. Overbeck 471.

sich weigern, auf dem Krankenschein eine Diagnose bekanntzugeben²⁰. Betrachtet man die Praxis in der deutschen Schweiz, so stellt man fest, daß weitaus die meisten Ärzte nur allgemeine, zusammengefaßte Diagnosen im Krankenschein angeben, speziell dann, wenn es sich für den Patienten um kompromittierende oder intime Angelegenheiten handelt. Es würde jedem Arzt von Natur aus widerstreben, von Geschlechtskrankheiten, erlaubten Schwangerschaftsunterbrechungen, Frühgeburten und psychologischen Schwierigkeiten seiner Patienten zu erzählen, obwohl er weiß, daß die Kasse über die Art der Erkrankung oder des Eingriffs genaue Auskunft haben will. Es wurde erwähnt, daß sich die Ärzte in ihrem Dilemma dadurch helfen, daß sie statt der wirklichen Diagnose allgemeine, mit der Zeit zu Standardausdrücken werdende Bezeichnungen wie Hautleiden (worunter sämtliche Hautleiden verstanden werden können), Infektionskrankheiten (worunter auch die venerischen Krankheiten figurieren), statt Gonorrhoe sogar Blasenkatarrh usw. auf den Krankenschein setzen²¹. Diese Methode, so sehr sie auch zur Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses nützlich ist, grenzt m.E. häufig an den Tatbestand des «falschen ärztlichen Zeugnisses» und kann nach StGB 318 bestraft werden. – Da nun tatsächlich eine große Anzahl der Krankenscheine unrichtige oder die Wahrheit verzerrende Angaben enthalten, sind sie für Versicherungen zu statistischen oder zu Lehrzwecken unbrauchbar. Die Krankenkassen können demnach die Ärzte durch andere, tauglichere Mittel auf ihre Ehrlichkeit in bezug auf ungerechtfertigte Behandlungskosten (Art. 23 Abs. 2 KUVG) kontrollieren. Dabei scheint mir die Kontrolle auf Grund der eingereichten Krankenscheine durch einen Vertrauensarzt mit den gesetzlichen Bestimmungen für den Schutz der Geheimsphäre viel eher vereinbar als eine Intervention des Kassenfunktionärs oder eines anderen, an keine Berufsgeheimhaltungspflicht gebundenen Verwaltungsorgans.

Oft wird von den Krankenkassen eingewendet, daß der Versicherte im speziellen Fall seine mit der Beitrittserklärung abgegebene Einwilligung widerrufen könne, sofern er seine Geheimnisse absolut gewahrt haben will. Häufig würde dieser Entschluß aber auch zugleich einen Widerruf der Versicherung für ihre vertraglichen Leistungen bedeuten. Dieser Einwand wirkt deshalb gegen breite Volksschichten ungerecht, die infolge ihrer Krankheit in eine finanzielle

²⁰ Dazu Winkler in SAeZ 1951 p. 311.

²¹ Vgl. Winkler SAeZ 1951 p. 311, Gander SAeZ 1951 p. 226.

Notlage und damit in eine direkte Abhängigkeit von den Leistungen der Sozialversicherung geraten sind. Meines Erachtens wäre es richtiger, auf die Angabe der Diagnose im Krankenschein zu verzichten und die Kontrollrechte der Kasse durch einen bestimmten, der ärztlichen Schweigepflicht unterstellten Vertrauensarzt (Art. 18 KUVG) ausüben zu lassen. Wenn die rechtliche Grundlage zur erwähnten «Generalvollmacht» an die Kasse nicht gegeben ist, so käme eventuell eine für jeden Krankheitsfall neu abzugebende Ermächtigung des Versicherten in Frage, womit er dem Arzt die Preisgabe seiner Geheimnisse an die Versicherung erlaubt. Diese Einwilligung kann jedoch nur aus freien Stücken erfolgen und darf nicht aus finanzieller Not heraus indirekt erzwungen sein, indem der hilfebedürftige Kranke, welcher auf die Leistung seiner Versicherung angewiesen ist, aus finanzieller Not seine engste Geheimsphäre offenbaren muß. Es ist auch fraglich, ob diese, der Versicherung einmal abgegebene Vollmacht genügt, den jeweiligen behandelnden Arzt zur Durchbrechung seiner, nach eidgenössischem Rechtsgebot statuierten Berufsgeheimhaltungspflicht legitim zu ermächtigen. Es wurde wiederholt festgestellt, daß nur der Geheimnisherr als Berechtigter zur Einwilligung in die Preisgabe seiner eigenen Geheimnisse angesehen werden kann. Also hat *er* dem Arzt in jedem einzelnen Falle seinen Willen kund zu tun, denn nur so kann von einer erlaubten Preisgabe des Berufsgeheimnisses von seiten des jeweiligen behandelnden Arztes die Rede sein. Die Versicherung bzw. deren Verwaltungsorgane können dem Arzte keine gültige Erlaubnis erteilen, ihr aus irgendwelchen Gründen Geheimnisse seines Patienten zu offenbaren. Es wäre auch irrig, anzunehmen, daß eine Krankenkasse oder Versicherungsanstalt als «vorgesetzte Behörde oder Aufsichtsbehörde» im Sinne des Gesetzes gelten könne, welche dem Arzt die straflose Verletzung seiner Schweigepflicht gestatten darf. Neben dem Geheimnisherrn selbst bestimmt das Gesetz nur noch die durch kantonales Recht bezeichnete Behörde zur Erteilung der legitimen Berechtigung. Diese ist aber keinesfalls mit Krankenkassen und Versicherungsanstalten identisch.

Es soll in diesem Zusammenhang auch die Frage aufgeworfen werden, ob ein mit der Versicherung abgeschlossener Vertrag, in dem der Versicherte der Anstalt das generelle Recht einräumt, während der ganzen Versicherungsdauer den jeweiligen behandelnden Arzt von seiner gesetzlich statuierten Berufsgeheimhaltungspflicht zu entbinden, nicht gemäß OR 19, bzw. OR 20 unzulässig, resp. in

bezug auf die betreffenden Vertragsteile nichtig ist²². Es wurde in den Bemerkungen zu Art. 27 ZGB gezeigt, daß die Geheimsphäre eine gewisse Beschränkung erfährt. Der Private kann über seine Geheimnisse verfügen und sich nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sogar gewisse Beschränkungen auferlegen lassen. Es würde jedoch als Mißbrauch der Vertragsfreiheit ausgelegt werden können, wenn die Kontrahierenden des einen oder anderen Persönlichkeitsrechte derart beschränken würden, daß dadurch die Freiheit des Einzelnen gefährdet wird. Beraubt sich demnach das Mitglied einer Krankenkasse oder Versicherung nicht eines seiner wichtigsten Persönlichkeitsrechte, indem es bei der Aufnahme durch Unterzeichnung des Versicherungsvertrages sich ein für allemal mit der Preisgabe seiner Geheimnisse durch den jeweiligen behandelnden Arzt einverstanden erklärt? Kann der Einzelne von vorneherein die Rechte über alle, seinen Körper oder seine Seele betreffenden Geheimnisse an Dritte abtreten, obwohl er bei Vertragsabschluß noch gar nicht weiß, welcher Art und von welcher subjektiven Wichtigkeit diese Teile seiner künftigen Geheimsphäre sein werden? Abgesehen davon, daß die Ermächtigung zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses nur vom Berechtigten (in diesem Fall vom Mitglied) oder durch schriftliche Bewilligung der zuständigen Behörde erfolgen kann, wirkt der erwähnte generelle Verzicht zugunsten der Versicherung als Verstoß gegen den Schutz der Persönlichkeit im Sinne von ZGB 27, respektive im speziellen Fall des Versicherungsvertrages im Sinne von OR 19ff.²³. Die Forderung einer zu rigorosen Beschränkung des Rechts an der eigenen Geheimsphäre kann nicht dadurch moralisch und rechtlich begründet werden, daß die Versicherung als Gegenleistung die Bezahlung der Behandlungskosten über-

²² OR 19: Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.

Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt, oder die Abweichung nicht einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schließt.

OR 20: Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Betrifft aber der Mangel bloß einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

²³ «Vereinbarungen, die eine übermäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, sind schlechthin nichtig. Auf die Art, wie sie praktisch durchgeführt wurden, kommt es nicht an. Sind nur Teile einer Vereinbarung im Widerspruch mit Art. 27 ZGB, so bleibt im übrigen das Geschäft gültig, soweit anzu-

nimmt. Diese zu weit gehende Beschränkung der persönlichen Freiheit kann auch nicht der Sinn des Art. 39 VVG sein, wo der Anspruchsberechtigte zur Begründung des Versicherungsanspruches verpflichtet wird, dem Versicherer weitgehende Auskunft zu erteilen²⁴. Der Arzt wird deshalb gut daran tun, in jedem einzelnen Fall das persönliche Einverständnis des Geheimnisberechtigten einzuholen, sofern dieses nicht schon offensichtlich vorliegen sollte. Die Versicherung allein kann kein Recht zur straffreien Geheimnisoffenbarung gewähren, auch wenn sie dem Arzte die erwähnte Generalvollmacht des Mitgliedes speziell vorweisen würde. Besser wäre es deshalb, wenn auf die Angabe der Diagnose auf dem Krankenschein freiwillig verzichtet würde, so daß die Preisgabe des Arztgeheimnisses an Dritte, welche keiner gesetzlichen Berufsgeheimhaltungspflicht unterstellt sind, unterbleiben würde und dadurch ein täglich hundertfach begangenes, selten jedoch geahndetes Vergehen vermieden werden kann.

§ 4 ÄRZTLICHE ATTESTE

Es bedeutet heutzutage für den Arzt eine Selbstverständlichkeit, zu allen möglichen Zwecken um ein ärztliches Zeugnis angegangen zu werden. In der Regel ist es irgendeine zivile oder militärische Behörde, welche vom Bürger die Vorlage eines ärztlichen Attestes verlangt; oft sind es Versicherungen, Arbeitgeber, Schulen, fremde Gesandtschaften oder andere Stellen, die entweder über den allgemeinen Gesundheitszustand des Betreffenden oder über irgendeine spezielle sanitäre Frage Auskunft haben wollen. Leider kommt es neuerdings auch vor, daß ärztliche Zeugnisse zu Geschäfts- oder Reklamezwecken mißbraucht werden. Erstaunlicherweise hat aber trotz der Vielfalt der Verwendungsmöglichkeiten das ärztliche Zeugnis seinen großen Wert in der heutigen Gesellschaft erhalten können, obwohl es für jedermann offensichtlich ist, daß mit «Attesten» häu-

nehmen ist, die Parteien hätten es auch ohne die als nichtig zu erklärenden Bestandteile abgeschlossen.»

G. Weiß: Sammlung eidg. u. kant. Entscheidungen, 1912–1921, Zürich 1925 p. 91. Ferner Blaß 80, Künzler 113 ff.

²⁴ VVG 39: Der Anspruchsberechtigte muß auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind.

fig Mißbrauch getrieben wird. Das hohe Ansehen des Ärztestandes und das um wenige, bedauernswerte Ausnahmen zwar verminderte, doch allgemein überall anerkannt große Verantwortlichkeitsbewußtsein der Medizinalpersonen haben den Glauben in die wichtige Beweiskraft des ärztlichen Zeugnisses erhalten. Es kommt wohl vor, daß gewisse Ärzte, die sonst in ihrem Berufe Hervorragendes leisten, gerne bereit sind, sogenannte Gefälligkeitszeugnisse auszustellen, besonders wenn es sich beim Gesuchsteller um einen Patienten oder Bekannten handelt, den man als «guten Kunden» nicht gerne verlieren möchte²⁵. Oft wird die berechtigte Frage aufgeworfen, ob der Arzt, welcher allein die Heilung des gesundheitlich geschädigten Menschen zum Ziele haben soll, mit Recht dazu gebraucht, bzw. sehr oft mißbraucht wird, ärztliche Zeugnisse auszufertigen, welchen dann wegen der Zugehörigkeit des Ausstellers zum Ärztestand eine besondere glaubwürdige Beweiskraft zukommt. Gewiß gehört auch das Verfassen eines Attestes mit zum Auftrag, welchen der Arzt mit seinem Einverständnis zur Behandlung des Patienten übernommen hat; in der Regel wird ja diese Extraleistung auch besonders honoriert. Immerhin sollte der Arzt nicht zu einem Zeugnis-Fabrikanten werden, einerseits, um seinen Patienten in dieser Hinsicht nicht übertrieben entgegenzukommen, oder andererseits um auf solche einfache Weise sich einen willkommenen, jedoch nicht seiner Berufung entsprechenden Nebenverdienst zu schaffen. Es ist nicht eine der Hauptaufgaben des Arztes, Atteste auszustellen, um so gleich einem Notariatsbeamten in gewissermaßen halbamtlicher Funktion das Bestehen eines Unfalles, oder einer Krankheit, bei jeder Kleinigkeit zu bestätigen. Es wird auch sicher für ein aufrichtiges Vertrauensverhältnis zwischen Mediziner und Kranken nicht von gutem sein, wenn der behandelnde Arzt sich zugleich über die Arbeitsfähigkeit oder die Arbeitsunfähigkeit seines Patienten gegenüber der Versicherung aussprechen muß; aus finanziellen Erwägungen heraus wird der Versicherte dabei seinem Arzt oft wichtige Tatsachen verschweigen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die am 1. Januar 1946 in Kraft getretene Vereinbarung zwischen den privaten Versicherungsgesellschaften (Unfalldirektorenkonferenz), der Verbindung der Schweizer Ärzte und der SUVA über die Honorierung von ärztlichen Gutachten, Berichten und Sektionsprotokollen, welche der Schweizerischen Unfall-Versicherungs-Anstalt (SUVA) erstattet

²⁵ Garraux SAeZ 1944 p. 162.

wurden und in die seitens privater Unfallversicherungsgesellschaften Einsicht verlangt wird. Nach dieser Vereinbarung benachrichtigt die SUVA den Arzt, sobald sie einer privaten Unfallversicherungsgesellschaft ein Gutachten, einen Bericht oder ein Sektionsprotokoll aushändigt, um den Arzt in die Lage zu versetzen, der privaten Versicherungsgesellschaft für das zusätzliche Honorar Rechnung zu stellen²⁶. Aus diesem Vertrag, dem sich auch die eidgenössische Militärversicherung (EMV) und die Lebensversicherungsgesellschaften angeschlossen haben, geht deutlich die Tatsache hervor, daß private Versicherungen die SUVA und EMV «um Einsicht in die ärztlichen Berichte, Gutachten oder Sektionsprotokolle» ersuchen (Art. 1 der Vereinbarung). In Art. 2 wird vereinbart, daß der ausstellende Arzt von der SUVA oder der EMV benachrichtigt werden muß, «um ihm die Möglichkeit zu geben, neben den tarifmäßigen Forderungen an die SUVA, bzw. EMV dem privaten Versicherer noch für ein zusätzliches Honorar Rechnung zu stellen». Der Art. 3 des erwähnten Vertrages lautet: «Die von den privaten Versicherungsgesellschaften der SUVA (EMV) für die Einsichtnahme in die ärztlichen Berichte, Gutachten und Sektionsprotokolle zu leistende Entschädigung wird durch diesen Vertrag nicht berührt.» Die ganze Vereinbarung ist rein finanzieller Natur und hat zum Zweck, dem Arzt den Nebenverdienst durch die doppelte Benützung seiner Berichte nicht entgehen zu lassen. Daß es sich dabei um einen tatsächlichen Verstoß gegen die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht handelt, wird nirgends beanstandet. Der Private, welcher von dem Handel mit den, seine persönliche Geheimsphäre betreffenden Attesten und Berichten wohl kaum etwas erfährt, würde sich wohl verwahren gegen die lückenhafte Diskretion der Schweizerischen Unfall-Versicherungs-Anstalt, der eidgenössischen Militärversicherung oder der Lebensversicherungsanstalten. Würde der Einzelne in jedem Falle, daß seine vertraulichen Berichte von der SUVA bzw. EMV an weitere Stellen oder Personen ausgehändigt werden, könnte das Vertrauen in diese großen Träger der Sozialversicherung wohl leicht erschüttert werden.

In bezug auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses ist der Arzt beinahe immer durch die vorliegende Einwilligung des Geheimnisberechtigten zum Ausstellen eines Attestes von seiner Schweigepflicht entbunden, so daß er sich nach Art. 321 Abs. 2 StGB in der Regel nicht strafbar macht. Häufig ist es der Patient selbst, der den Arzt

²⁶ Abgedruckt: SAeZ 1948 p. 151, ferner SAeZ 1952 p. 190.

um ein Zeugnis bittet, oft ist es die Versicherung, welche gemäß ihren Bestimmungen ein ärztliches Attest als Voraussetzung für ihre Leistung haben muß, und wobei das Einverständnis des Patienten vorausgesetzt werden darf. Es kann aber auch vorkommen, daß eine dritte private oder amtliche Stelle den Arzt um die Abgabe eines Attestes über seinen Patienten ersucht²⁷. Selbst wenn ein solches Gesuch in bona fide gestellt wird, hat der behandelnde Arzt stets um die Bewilligung des Geheimnisberechtigten nachzusuchen, sofern er sich wegen Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht nicht strafbar machen will. Es wurde erwähnt, daß nur der Patient als Geheimnisherr berechtigt ist, die Person oder den Personenkreis zu bestimmen, denen seine Geheimnisse offenbart werden dürfen. Es würde deshalb den wohl größten Fall einer Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht darstellen, wenn der Arzt Dritten gegenüber ohne ausdrückliche Einwilligung des Geheimnisberechtigten in Form eines Attestes von den persönlichen Angelegenheiten seines Patienten erzählt. Dem in Schriftform abgefaßten und vom Arzt unterzeichneten Zeugnis kommt eine viel größere Bedeutung zu, als wenn die Verletzung des Berufsgeheimnisses aus fahrlässiger Schwatzhaftigkeit oder sogar mit harmloser Absicht mündlich begangen wird.

Die Tatsache, daß das falsche Ausstellen ärztlicher Zeugnisse nach StGB 318 als Officialdelikt von Amtes wegen verfolgt wird, zeigt, welch hohe Bedeutung der Gesetzgeber dem ärztlichen Attest und seiner Glaubwürdigkeit zukommen läßt. Dieser Art. 318 StGB stellt ein reines Berufsdelikt dar²⁸, und bestraft den Arzt, welcher ein unwahres (franz. «contraire à la vérité», ital. «contrario la verità») Zeugnis ausstellt, das zum Gebrauch bei einer Behörde oder zur Erlangung eines unberechtigten Vorteils bestimmt, oder geeignet ist, wichtige und berechnete Interessen Dritter zu verletzen. Auch mangelhafte oder durch das Verschweigen wesentlicher Umstände irreführende oder entstellte Zeugnisse fallen unter den Tatbestand von StGB 318 als Spezialfall der Falschbeurkundung (vgl. StGB 251)²⁹. Diesem Umstande muß besonders Rechnung getragen werden, weil von Ärzten hin und wieder versucht wird, durch verschleierte oder mangelhafte Angaben im Attest ihr Berufsgeheimnis zu wahren. Wenn jedoch die Pflicht zum Ausstellen eines ärztlichen Zeugnisses einmal gegeben ist, so muß dieses ohne Einschränkung die volle

²⁷ Vgl. dazu BGE 44 II 319 ff.

²⁸ Vgl. Hafter 841 ff.

²⁹ Dazu F. Schwarz, SAeZ 1943 p. 131 ff.

Wahrheit enthalten. Das Attest im Sinne von StGB 318 muß dabei nicht nur zum Gebrauch bei einer Behörde bestimmt sein (z. B. Totenschein, Zeugnis zum Leichentransport, Kremationszeugnis, Meldung ansteckender Krankheiten usw.), wobei in den meisten Fällen ein vorgedrucktes Formular verwendet wird; es kann sich auch um private Atteste handeln (z. B. Zeugnisse für Versicherungen, Krankenkassen, Arbeitgeber usw.), bei denen der Tatbestand des Art. 318 StGB erfüllt ist. Hervorzuheben ist ferner, daß der beamtete Arzt, welcher in amtlicher Funktion ein falsches Zeugnis ausstellt, dem Art. 317 StGB unterstellt ist. Diese Gesetzesbestimmung bezieht sich auf öffentliche Urkunden im Sinne der Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 5 Abs. 2 StGB, welche durch einen Beamten gefälscht werden, und schließt als *lex specialis* den erwähnten Art. 318 StGB aus, «sofern die Tat von einem beamteten Arzt in einer öffentlichen Urkunde begangen wird»³⁰.

³⁰ Dazu SJZ 1945 p. 261, Hafter 841.

VIERTES KAPITEL

Die Anzeigepflicht an Behörden

§ 1 DIE ANZEIGEPFLICHT VON KRANKHEITEN

Es ist Aufgabe des Staates, für die Gesundheit der Bevölkerung besorgt zu sein und vor allem ansteckende und epidemische Krankheiten von Staates wegen zu bekämpfen. Der Arzt kann wohl den einzelnen Kranken behandeln und heilen, es fehlen ihm aber die Möglichkeiten und vor allem auch die Zwangsmittel, um im Interesse der Allgemeinheit auf breiter Basis landesgefährlichen Epidemien entgegenzutreten und ansteckende Krankheiten auszumerzen. Deshalb hat hier der Staat einzugreifen. Voraussetzung dazu ist, daß der Arzt verpflichtet wird, jeden Einzelfall einer besonders gefährlichen Krankheit schon im Anfangsstadium anzuzeigen, damit die Behörde einerseits einen Überblick über Stand, Ausbreitungswege, Schwere und Art der Erkrankung erhält, und andererseits den uneinsichtigen Kranken zwingen kann, sich so zu verhalten, daß seine Umgebung nicht gefährdet wird¹.

Die Anzeigepflicht für Krankheiten bedeutet einen tiefen Eingriff in die Geheimsphäre des Einzelnen. Nicht umsonst haben sich im Volk Widerstände gezeigt, als die in unserem Land wohl häufigsten Arten von gefährlichen Krankheiten, die Tuberkulose und die Geschlechtskrankheiten, anzeigepflichtig erklärt wurden. Allein, die Freiheit des Einzelnen muß zum Wohle der Volksgesundheit eingeschränkt werden, um nicht durch individuelle Rücksichten der Allgemeinheit zu schaden. Die Ärzteschaft selbst hat in Wahrung öffentlicher Interessen die Initiative ergriffen, um die gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, welche den wirksamen Kampf gegen gemeingefährliche Krankheiten ermöglichen. So wurden zum Schutze der Gesundheit verschiedene Gesetze geschaffen, welche wirkungsvolle Maßnahmen gegen drohende Gefahren gewährleisten².

¹ Schwarz a. a. O. p. 902, Ulrich 64ff., Heim 117ff.

² Vgl. die eidgenössischen Gesetze zum Schutz der Gesundheit in BS IX p. 345–411 sowie die Zusammenstellung der anzeigepflichtigen Krankheiten bei Ulrich pp. 64/65, z. B. BB über die Anzeigepflicht für übertragbare Krankheiten vom 20. April 1943, Art. 1:

«Der Anzeigepflicht nach den Bestimmungen dieses Beschlusses unterliegen folgende Krankheiten:

In allen diesen gesetzlichen Vorschriften über die Krankheitsbekämpfung besteht für den Arzt eine Anzeigepflicht, die ihn zwingt, sein Berufsgeheimnis in der Wahrung höherer Interessen preiszugeben. Dabei hat jedoch die Meldung unmittelbar an die Behörden, in der Regel an den Amtsarzt, zu erfolgen, so daß das Berufsgeheimnis bei diesen ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen weiterhin gewahrt bleibt. Bei gewissen Krankheiten (z.B. Geschlechtskrankheiten) hat der Arzt zudem nur diejenigen Fälle anzuzeigen, in denen die erkrankten Personen eine ärztliche Behandlung ablehnen oder diese vorzeitig unterbrechen³. Damit wird gesagt, daß die tief in die Individualsphäre des Bürgers eingreifende Anzeigepflicht als ultima ratio zu betrachten ist und erst dann zur Anwendung kommt, wenn der Kranke durch unvernünftiges Verhalten seine Umgebung gefährdet.

§ 2 DIE ANZEIGEPLICHT VON VERBRECHEN

Es würde zu weit führen, sollten in dieser Arbeit auch noch sämtliche gesetzlich verankerten Anzeigepflichten als Ausnahmen vom ärztlichen Berufsgeheimnis besprochen werden. – Neben der Anzeigepflicht gewisser Krankheiten bestehen vor allem gesetzliche Meldepflichten an Vormundschafts- und Militärbehörden, an die Schweizerische Unfall-Versicherungs-Anstalt (SUVA) sowie die Pflicht

- A. Pocken (*Variola et Variolosis*), Cholera (*Cholera*), Fleckfieber (*Typhus exanthematicus*), Pest (*Pestis*), epidemische Ruhr, ausgenommen E-Ruhr (*Dysenteria epidemica*, ausgenommen *Dysenteria epidemica E*), Scharlach (*Scarlatina*), Diphtherie (*Diphtheria*), Abdominaltyphus (*Typhus abdominalis*), Paratyphus (*Paratyphus*), epidemische Genickstarre (*Meningitis cerebrospinalis epidemica*), akute Kinderlähmung (*Poliomyelitis anterior acuta*), epidemische Gehirnentzündung (*Encephalitis lethargica*), Trachom (*Trachoma*);
- B. E-Ruhr (*Dysenteria epidemica E*), epidemische Influenza (*Influenza epidemica*), Malaria (*Malaria*), Lepra (*Lepra*), Bangsche Krankheit (*Febris undulans*), Masern (*Morbilli*), Keuchhusten (*Pertussis*), Mumps (*Parotitis epidemica*), Varizellen (*Varicellae*), epidemische Leberentzündung (*Hepatitis epidemica*);
- C. Syphilis (*Lues*) im ansteckungsfähigen Stadium, Gonorrhöe (*Blennorrhagia*), weicher Schanker (*Ulcus molle*).»

Vgl. ferner BG betr. Maßnahmen gegen die Tuberkulose vom 13. Juni 1928 und Vollziehungs-VO vom 20. Juni 1930.

³ Vgl. Ergänzung des BB über die Anzeigepflicht von übertragbaren Krankheiten durch BRB vom 21. Januar 1947.

zur Anzeige von Geburten und Todesfällen⁴. Dabei handelt es sich durchwegs um gesetzliche Sondervorschriften, welche dem Arzt eine Rechtfertigung für die Durchbrechung seiner Berufsgeheimhaltungspflicht bedeuten.

Umstritten ist dagegen die Forderung des Staates, den Arzt zur Mitarbeit bei der Verfolgung von Rechtsbrechern beizuziehen und ihm eine Pflicht zur Anzeige von Verbrechen aufzuerlegen. Es gibt Dinge, die nur der Arzt bei der Ausübung seines Heilberufes feststellen kann, und die dazu geeignet sind, das Vorliegen eines Verbrechens zu beweisen oder wahrscheinlich zu machen⁵. Dabei ist es verständlich, daß der Staat aus kriminalpolitischen Überlegungen den Arzt verpflichten will, Anzeige zu erstatten, sofern er Umstände wahrnimmt, die auf ein Verbrechen schließen lassen. Mit Recht hat sich aber die schweizerische Ärzteschaft von jeher gegenüber dieser unwürdigen «Polizeifunktion» ablehnend verhalten und die Pflicht, den Patienten oder ihm nahestehende Personen denunzieren zu müssen, als «unstatthafte Einmischung des Staates in ihre höhere Tätigkeit im Dienste der Menschheit» aufgefaßt⁶.

Trotzdem bestimmen verschiedene Kantone in ihren Medizinalgesetzen, daß vom Arzt entweder alle Tatbestände, die auf ein Verbrechen schließen lassen oder nur verdächtige Todesfälle der Behörde anzuzeigen sind. Somit hat sich der Arzt an diese positiven Vorschriften zu halten, sofern er es in concreto nicht aus berufsethischen oder humanen Gründen vorziehen will, lieber eine Bestrafung in Kauf zu nehmen als den sich ihm anvertrauenden, hilfebedürftigen Kranken zu verraten. Als Folge der unterschiedlichen Bestimmungen über die Anzeigepflicht von Verbrechen in den kantonalen Gesetzgebungen, die als Ausnahmen auf Grund von Art. 321 Ziff. 3 StGB trotz der strafrechtlich statuierten Berufsgeheimhaltungspflicht ihre Geltung behalten haben, ist die Stellung des Arztes als Vertrauensperson in den einzelnen Kantonen verschieden, so daß zum Beispiel ein hilfesuchender Rechtsbrecher sich nur in jenen Kantonen ohne Furcht verraten zu werden, ärztlich behandeln lassen kann, wo er vom Mediziner keine Denunziation zu befürchten braucht.

Daß auch die rechtliche Auffassung über die Anzeigepflicht von Verbrechen innerhalb der Eidgenossenschaft verschieden ist, soll an zwei Beispielen gezeigt werden.

⁴ Dazu Ulrich 62 ff., Heim 114 ff. ⁵ Schwarz a. a. O. p. 902.

⁶ SAcZ 1952 p. 282, 1954 p. 111, ferner Humbert 43, Roth a. a. O. p. 414.

Im Kanton Zürich verpflichtet das hundertjährige Medizinalgesetz von 1854 in § 8 die Ärzte:

a) Von bei Ausübung ihres Berufes wahrgenommenen Umständen, insbesondere Todesfällen, welche auf ein Verbrechen, z.B. Vergiftung schließen lassen, der betreffenden Bezirksanwaltschaft Kenntnis zu geben;

b) von Übertretungen der Gesetze und Verordnungen betreffend das Medizinalwesen, die sie in ihrem Wirkungskreise wahrnehmen und durch welche Nachteil oder Gefahr für Gesundheit und Leben entstehen kann, den betreffenden Medizinalbeamten Mitteilung zu machen.

Dagegen räumt ihnen die jüngere Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1919 in § 130 ein Recht zur Zeugnisverweigerung ein, «so daß im Einzelfall der Arzt zwar verpflichtet wäre, ein Verbrechen anzuzeigen, daß er aber in der auf Grund seiner Anzeige eingeleiteten Strafuntersuchung das Zeugnis verweigern dürfte». Das Obergericht des Kantons Zürich nennt in einem Entscheid vom 6. Mai 1949 ein solches Ergebnis widersinnig und fährt in seiner Begründung fort:

«§ 130 StPO ist gegenüber § 8 des Medizinalgesetzes die jüngere Vorschrift. Es muß aus ihr geschlossen werden, daß die Anzeigepflicht gemäß § 8 des Medizinalgesetzes soweit aufgehoben ist, als der Arzt im Strafprozeß das Zeugnis verweigern darf. Der Arzt ist demnach nicht verpflichtet, Anzeige zu erstatten über Tatsachen, die ihm bei der Berufsausübung zur Kenntnis gekommen sind, sofern im Interesse des Klienten Stillschweigen geboten ist (vgl. auch BIZR 1928 Nr. 7). Ein Patient muß sich darauf verlassen können, daß er sich, um Gesundheit und Leben zu erhalten, dem Arzte rückhaltlos anvertrauen darf. Er soll nicht durch Angst vor einem Strafverfahren dazu verleitet werden, den Arzt zu spät oder überhaupt nicht zu rufen oder ihm falsche Angaben zu machen, die zu einer Fehldiagnose und einer unrichtigen Behandlung führen könnten. Das Interesse an einer Strafverfolgung hat hinter demjenigen am Leben und an der Gesundheit eines Menschen zurückzutreten⁷.»

Dagegen haben die Amtsärzte nach StPO 21 die Pflicht, der zuständigen Anklagebehörde strafbare Handlungen zu verzeigen, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Funktionen bekannt werden.

Die gegenteilige Ansicht vertrat das Obergericht des Kantons Aargau⁸. Es verneinte einen Widerspruch zwischen dem aargauischen Medizinalgesetz (§ 16 Abs.2) aus dem Jahre 1919, welches dem Arzt eine Pflicht auferlegt, dem Staat Verbrechen anzuzeigen, und der Strafprozeßordnung von 1858/1863, welche in § 224 dem Arzt lediglich ein Recht zur Zeugnisverweigerung gibt. Deshalb muß ein Arzt, der die, gemäß StGB 321 Ziff.3 zu Recht bestehende

⁷ BIZR 1949 Nr. 188, vgl. auch SAeZ 1942 p. 110, 1949 p. 341, 488.

⁸ SAeZ 1952 p. 281 ff.

kantonale Anzeigepflicht verletzt, wegen Übertretung von § 16 Abs. 2 leg.cit. bestraft werden. Diese Argumentation ist jedoch m.E. nicht stichhaltig, weil der Arzt ohne Einwilligung des Berechtigten (und eine solche würde in concreto aus Furcht vor einer Denunziation wohl kaum gegeben werden) ebenfalls eine Pflicht hat, das Zeugnis zu verweigern. Es käme dabei höchstens die Bewilligung der vorgesetzten Behörde in Frage, welche jedoch ein Gesuch des Arztes voraussetzt.

Aus berufsethischen und humanen Gründen sollte jedoch, ähnlich wie beim Seelsorger (vgl. Beichtgeheimnis) auch beim Mediziner von einer Anzeigepflicht für Verbrechen abgesehen werden, um es auch einem im Leben gescheiterten Menschen zu ermöglichen, beim approbierten Arzt ohne Furcht vor einer Denunziation Hilfe zu suchen.

FÜNFTES KAPITEL

Der Arzt im Prozeß

§ 1 DER ZIVILPROZESS

Der Zivilprozeß erfüllt gewissermaßen eine soziale Funktion. Er bildet die Ergänzung des Privatrechts und bezweckt durch ein gesetzlich geordnetes Gerichtsverfahren, die privaten subjektiven Rechte festzustellen und wenn nötig auch durchzusetzen. Der Staat übernimmt die Aufgabe, dem Bürger Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu gewähren und stellt dazu öffentlich-rechtliche Normen auf, um diesen staatlichen Rechtsschutz zu organisieren. Dabei wird der Zivilprozeß überall von gewissen Grundsätzen beherrscht, welche als formelles Recht materielle privatrechtliche Ansprüche regeln.

In der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist die Justizhoheit im Straf- und Zivilprozeß den Kantonen überlassen. Es finden sich demnach zahlreiche auseinandergehende Normierungen, welche aber alle das gleiche eidgenössische Straf- oder Privatrecht zum Ziele haben. Verschiedene Bundesrechte beeinflussen im Laufe der Zeit die kantonale Prozeßgebung (z. B. Vaterschafts-, Vormundschafts- oder Scheidungsprozeß) und erschwerten dadurch die ohnehin teilweise in umstrittenen Grenzgebieten liegende Abgrenzung zwischen formellem Prozeßrecht und materiellem Privatrecht.

Die Grundlage eines Prozesses ist die Erforschung der Wahrheit; das gilt sowohl für den Straf- als auch für den Zivilprozeß¹. Rechtsgewißheit und Rechtsverwirklichung sind das Ziel des Prozesses². Der Einzelne hat ein Bedürfnis, sich im Falle einer Rechtsunsicherheit in richterlichem Prüfungsverfahren durch rechtskräftiges Urteil Tat- und Rechtsfragen beantworten zu lassen und wo notwendig sogar dem richterlichen Urteilsspruch durch ein Vollstreckungsverfahren Geltung zu verschaffen³. Durch den Zivilprozeß sollen die privatrechtlichen Streitigkeiten aus der Welt geschaffen werden. Nach dem bekannten Grundsatz «wo kein Kläger – da kein Richter» (Zürich: ZPO 91, «ne procedeat iudex ex officio») gilt die Pariteimaxime, indem es in der Regel den interessierten Beteiligten über-

¹ Ulrich 81.

² Guldener I 42.

³ Vorlesung von Prof. Fritzsche, Zürich, «Das Zürcherische Zivilprozeßrecht».

lassen ist, über den Prozeßstoff zu verfügen, so daß nur die tatsächlich vorgebrachten Parteiansprüche bei der Urteilsbildung berücksichtigt werden dürfen (vgl. Zürich: ZPO 102, 344 Ziff. 7, «ne eat iudex ultra petita partium»). Im Zivilprozeß soll der Richter die gegensätzlichen Behauptungen und Einreden der Parteien prüfen und in Anwendung der in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze beurteilen (Zürich: ZPO 100). Ist die Streitigkeit von einer letzten Instanz entschieden worden, so erhält das Urteil Rechtskraft und die Parteien haben sich in diesen definitiven Richterspruch endgültig zu fügen; «res iudicata ius facit inter partes». Deshalb ist es auch von größter Wichtigkeit, daß die richterliche Überzeugung von Wahrheit und Echtheit der tatsächlichen Verhältnisse die Rechtsprechung bestimmt, indem der Richter nur den als richtig befundenen und erwiesenen Sachverhalt dem Gesetze subsumiert. Die Justiz muß genau und gewissenhaft arbeiten, wenn sie dem Einzelnen in seinem Anspruch auf staatlichen Schutz seiner Rechte genügen will. Die neuere Rechtsentwicklung zeigt, daß der Gesetzgeber immer mehr darauf ausgeht, mit allen Mitteln die Wahrheit zu erfahren und auch im Zivilprozeß dem Richter die Möglichkeit gibt, den materiellen Tatbestand sogar unabhängig vom Parteiwillen selbst zu finden. So bestimmt das BG über den Bundeszivilprozeß in Art. 37: «Der Richter ist an die von den Parteien angebotenen Beweismittel nicht gebunden; er berücksichtigt nur die notwendigen. Er kann auch von den Parteien nicht angebotene Beweismittel beiziehen.» Ebenso der Entwurf zu einer Zivilprozeßordnung für den Kt. Solothurn in § 186: «Der Richter kann Beweismittel herbeischaffen, die von den Parteien nicht angerufen sind»; in ähnlicher Weise auch Zürich ZPO 166⁴.

§ 2 DER STRAFPROZESS

Während der Zivilprozeß der Parteiiinitiative überlassen wird, ist der Strafprozeß ein Verfahren, in welchem von Amtes wegen im einzelnen Falle das Strafrecht zur Anwendung und zur Durchführung kommt. Die Strafjustiz liegt im öffentlichen Interesse und ist unentbehrlich für die Erhaltung des Staates und der Rechtsordnung. Deshalb gilt beim Strafverfahren im Gegensatz zum Zivilprozeß die *Offizialmaxime*, i. e. der Staat hat *ex officio* vorzugehen und den staat-

⁴ Vgl. Guldener I p. 115 Anm. 16.

lichen Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen. Das Gericht hat von sich aus und unabhängig vom Parteiwillen alles zu unternehmen, um die absolute Wahrheit des Sachverhaltes zu erfahren und erhält dazu durch das Strafprozeßrecht weitgehendste Vollmachten (Untersuchungsverhaft, Beschlagnahme von Vermögen und Beweisstücken, Hausdurchsuchungsrecht u.a.m.). Aber auch zum Schutze des Angeklagten soll die volle Wahrheit an den Tag gebracht werden, um zu vermeiden, daß ein Unschuldiger verurteilt wird.

Voraussetzung, daß das materielle Strafrecht zur Anwendung kommen kann, ist die Begehung einer strafbaren Handlung. Relevant ist dabei, was sich wirklich ereignet hat und nicht, was die Parteien wollen⁵. Deshalb hat im Strafverfahren das Gericht von sich aus mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Wahrheit zu suchen, im Gegensatz zum Zivilprozeß, wo der Richter an die Verhandlungsmaxime (vide Guldener I p. 111 ff.) gebunden ist und nur das als Prozeß-Stoff zu betrachten hat, was die Parteien in den Verhandlungen vorbringen. Für die Urteilsbildung im Strafprozeß ist somit in erster Linie der historische Tatbestand bestimmend, so daß sich die gesamte Tätigkeit des Strafrichters auf die Erforschung der objektiven Wahrheit richten muß, um dann auf Grund der effektiven Tatsachenfeststellung das Urteil zu fällen⁶.

Die Verurteilung eines Täters kann nur auf Grund der Feststellung eines gesetzlichen Tatbestandes erfolgen. Wird im amtlichen Feststellungsverfahren der erforderliche Beweis für die Tatsächlichkeit des zu bestrafenden Ereignisses nicht gebracht, so kann der Angeschuldigte nicht verurteilt werden; es hat ein Freispruch zu erfolgen⁷. Dabei wird im Zweifelsfalle stets zugunsten des Angeklagten, i. e. in dubio pro reo entschieden. Das Beweisverfahren ist deshalb Aufgabe der mit der Strafverfolgung und mit der Beantwortung der Tat- und Rechtsfrage betrauten Amtspersonen. Die zivilprozeßrechtlichen Regeln der Beweislast finden im Pflichtverfahren des Strafprozesses keine Anwendung⁸. Der Richter hat von sich aus alle rechtlich erheblichen Tatsachen zu prüfen und dafür den Beweis abzunehmen. Der zivilprozeßrechtliche Satz «iudex iudicet secundum allegata et probata partium; quod non est in actis, non est in mundo» ist für den Strafprozeß irrelevant.

⁵ Gerland 168.

⁶ Dazu v. Hippel 357 ff.

⁷ Gerland 189.

⁸ Dazu Guldener I p. 289, v. Hippel 384.

Der Beweis für eine rechtlich erhebliche Tatsache kann auf verschiedene Arten erbracht werden; einerseits durch persönliche Beweismittel (Zeugen, Parteibefragung, in gewissem Sinne auch durch Sachverständige), andererseits durch sachliche Beweismittel (Augenscheinsobjekte, Urkunden). Sowohl das Strafprozeßrecht als auch das Zivilprozeßrecht kennt das Prinzip der freien Beweiswürdigung (Zürich: ZPO 101, StPO 284). Demnach führt grundsätzlich die freie Beweiswürdigung zur richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer rechtlich relevanten Tatsache. Es ist deshalb von größter Wichtigkeit, daß im Prozeß nichts unterlassen wird, die materielle Wahrheit zu finden; sonst begibt sich der Richter in die Gefahr, seine Schlußfolgerungen mehr nach der Logik, nach seiner eigenen Kombinationsgabe und subjektiven Einstellung, als nach den gewissenhaft festgestellten Tatsachen zu richten. Es ist und bleibt vor allem im Strafprozeß Aufgabe und Pflicht der Justiz, nur auf Grund einer echten Überzeugung, welche sich stets aus den Beweisergebnissen und den unmittelbaren, nicht speziell gewollten, individuellen Eindrücken des Richters zusammensetzt, ein Urteil zu bilden. Der Richter darf sich grundsätzlich nicht mit Wahrscheinlichkeitsfolgerungen und Vermutungen begnügen, sonst würde die freie Beweiswürdigung bald in Willkür und Oberflächlichkeit ausarten. Das absolute Wahrheitsprinzip ist deshalb *conditio sine qua non* für die Rechtssprechung, sowohl im Zivil- als vor allem auch im Strafprozeß.

§ 3 DER ARZT ALS PARTEI

Hin und wieder kann es vorkommen, daß ein Arzt vor Gericht als Ankläger oder Beklagter über seine berufliche Tätigkeit Auskunft zu erteilen hat. Dabei ist es selbstverständlich, daß das Berufsgeheimnis gewahrt werden muß, es sei denn, es bestehen für den Arzt die in Art. 321 Ziff. 2 und 3 vorgesehenen Offenbarungsgründe. In Verantwortungs- oder Honorarstreitigkeiten, welche vor allem Gegenstand eines Prozesses sein können, hat der Arzt als Beklagter dem Richter über das ihm vorgeworfene Verhalten Aufschluß zu erteilen oder als Kläger seine Honorarforderung zu begründen. Häufig wird dabei der Individualberechtigte in die Preisgabe seiner Geheimnisse nicht einwilligen und sich weigern, dem Arzt zu erlauben, jene Tatsachen dem Gericht zu offenbaren, welche dieser bei Ausübung der ärztlichen Tätigkeit wahrgenommen hat oder die ihm vom Patien-

ten oder von Drittpersonen im Interesse der Behandlung anvertraut wurden. Der Arzt wird deshalb von der in Art. 321 Ziff. 2 StGB vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen und die vorgesetzte Behörde um die Ermächtigung ersuchen, zur Wahrung seiner Interessen das Berufsgeheimnis preisgeben zu dürfen.

Das Gesetz bestimmt nicht, unter was für Voraussetzungen die Bewilligung zur Preisgabe des Berufsgeheimnisses erteilt werden darf⁹. Nach Hafter gilt für die Entscheidung der vorgesetzten Behörde «freies Ermessen auf Grund einer Prüfung der Frage, ob die Preisgabe des Geheimnisses durch ein öffentliches Interesse oder auch durch ein berechtigtes Privatinteresse geboten ist»¹⁰. In der Praxis ist bis jetzt mehrheitlich erklärt worden, daß die in Art. 321 Ziff. 1 erwähnte Berufsperson von ihrer Schweigepflicht entbunden werden kann, sofern die Offenbarung der in Ausübung der Berufstätigkeit anvertrauten oder wahrgenommenen Geheimnisse zur Durchsetzung einer Honorarforderung nötig ist¹¹. Damit ist m. E. zu Unrecht anerkannt worden, daß ökonomische Interessen des Arztes prinzipiell höher gewertet werden können als das entgegengesetzte allgemeine Prinzip der Berufsgeheimhaltungspflicht.

Wie noch zu zeigen sein wird, hat der Gesetzgeber für den Arzt gewisse Zeugnisprivilege statuiert und damit anerkannt, daß selbst staatliche Interessen, wie sie im prozessualen Prinzip der Wahrheitsforschung verkörpert sind, die Preisgabe des ärztlichen Berufsgeheimnisses nicht rechtfertigen können. Die Justiz verzichtet somit unter gewissen Umständen ausdrücklich auf die Zeugenaussage des Arztes oder auf die Edition von ärztlichen Akten im Prozeß, selbst wenn diese Beweismittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit notwendig sind. Dabei hat der Richter Mittel und Wege zu suchen, um auch ohne die Preisgabe ärztlicher Geheimnisse sein Urteil zu bilden. Auch im Verantwortlichkeits- und Honorarforderungsprozeß wird es oft möglich sein, rechtserhebliche Tatsachen vorzubringen und zu beweisen, ohne daß dadurch schutzwürdige Geheimnisse offenbart werden müssen. Das Gesetz (StGB 321) spricht zudem nur von «Geheimnissen», so daß in den meisten Prozessen, in denen der Arzt als Partei auftritt, die Tatsache nicht geheimgehalten werden muß, daß er den Patienten behandelt hat und wieviel Zeit und Aufwendungen er dazu benötigte¹². Daneben hat der Arzt selbst zu ent-

⁹ SJZ 1947 p. 348 Nr. 177. ¹⁰ Hafter 858.

¹¹ BLZR 1945 Nr. 11, 1946 Nr. 11, 1948 Nr. 11, SAeZ 1949 p. 73, 1950 p. 68.

¹² Guldener SJZ 1948 p. 175.

scheiden, wie weit das Berufsgeheimnis zur Wahrung seiner Interessen respektiert werden muß, wobei er für seine Entscheidung stets von der überragenden Bedeutung der Geheimhaltungspflicht auszugehen hat, welche letzten Endes auch in seinem Interesse vom Strafgesetzgeber verlangt wird.

Während m.E. im Honorarforderungsprozeß ein ökonomisches Interesse des Arztes für finanzielle Ansprüche, die er sich zudem in der Regel leicht hätte durch Vorschußzahlungen sichern können, die Verletzung der Geheimsphäre als Rechtsgut des Menschen nur in seltenen Fällen, und nur nach gewissenhafter Interessenabwägung der vorgesetzten Behörde gestattet, ist die Ermächtigung zur Preisgabe des Arztgeheimnisses in Fällen von Ehrverletzungs- und Schadenersatzklagen eher gerechtfertigt. Die vorgesetzte Behörde wird in solchen Fällen, wo begründete, schutzwürdige Interessen des Arztes eine Durchbrechung der allgemeinen Berufsgeheimhaltungspflicht rechtfertigen, ihre Einwilligung zur Preisgabe der ärztlichen Schweigepflicht ohne Bedenken geben können, wenn sich der Arzt ohnehin in einem Notstand (StGB 34) befindet und nur durch Offenbarung des Berufsgeheimnisses sich gegen unbegründete Angriffe auf seine Ehre oder gegen ungerechtfertigte, hohe Schadenersatzforderungen wehren kann¹³. In vielen Fällen wird der Richter bei der Beweiswürdigung zudem berücksichtigen müssen, daß der Geheimnisberechtigte dem Arzt als Partei die Beweisführung und Verteidigung verunmöglicht, wenn er sich weigert, ihn von der Geheimhaltungspflicht zu entbinden¹⁴. Der Patient soll nicht sein Recht an der Geheimsphäre dazu mißbrauchen können, um den Arzt unter Berufung auf sein Berufsgeheimnis davon abzuhalten, seine begründeten Forderungen zu beweisen oder sich gegen ungerechtfertigte Behauptungen und Angriffe auf seine Ehre zu verteidigen. Die vorgesetzte Behörde aber, die im konkreten Fall verschiedene, einander widersprechende Interessen abzuwägen hat, wird bei ihren Entscheidungen immer davon ausgehen müssen, daß die Verletzung des Berufsgeheimnisses ein Delikt bedeutet, das sich nicht nur gegen den Patienten oder den Arzt, sondern auch gegen die Allgemeinheit richtet, welche das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient höher einschätzt als private ökonomische Interessen.

De lege ferenda könnte vielleicht bei Honorarstreitigkeiten ein spezielles Schiedsgericht geschaffen werden, so daß die dort zu er-

¹³ Dazu BIZR 1947 Nr. 168, 1950 Nr. 149, SJZ 1947 p. 348.

¹⁴ Vgl. Guldener a. a. O. 175.

örternden Berufsgeheimnisse nicht einem weiteren Kreis oder sogar der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden müssen. In der Volksabstimmung vom 24. März 1946 wurde folgende, für Zahnärzte und Zahntechniker geltende Regelung als § 30g in das alte Zürcher Medizinalgesetz von 1854 aufgenommen:

«Beanstandete Rechnungen über zahnärztliche oder zahntechnische Behandlung können einem von der Direktion des Gesundheitswesens zu ernennenden dreigliedrigen, aus zwei Sachverständigen der Zahnheilkunde und einem neutralen Obmann bestehenden Kollegium zur Begutachtung unterbreitet werden.»

Wenn demnach *mutatis mutandis* eine ähnliche Regelung für Ärzte geschaffen würde, könnte das Berufsgeheimnis auch im Honorarforderungsprozeß weitgehend gewahrt bleiben (vgl. auch § 17 des Zürcher Medizinalgesetzes).

Schon oft ist die m. E. berechtigte Frage diskutiert worden, ob die, der Schweigepflicht unterstellte Berufsperson zur Vorlage von Büchern an die Steuerbehörde verpflichtet ist, da der Fiskus trotz der gesetzlich auferlegten Schweigepflicht uneingeschränkte Auskunft verlangt^{14a}. In der Regel liegt es weitgehend in der Macht des Arztes, das Berufsgeheimnis auch gegenüber Verwaltungsbehörden und insbesondere gegenüber der Steuerbehörde zu wahren, wenn er sämtliche, den Patienten betreffende Aufzeichnungen und Vermerke über seine Krankheit von der Buchhaltung trennt¹⁵. Dabei kann aber auch nur schon die bloße Bekanntgabe der Namen von Patienten als Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht gelten; man denke vor allem an Psychiater und Dermatologen, welche sogar die bloße Tatsache, daß sich der Patient X in ihrer Behandlung befindet, verschweigen müssen.

Jedes Steuergesetz verlangt vom Steuerpflichtigen uneingeschränkte Auskunft. So bestimmt z.B. das Zürcher Gesetz über die direkten Steuern vom 8. Juli 1951:

§ 72: Die Steuerpflichtigen haben den Steuerbehörden schriftlich oder mündlich wahrheitsgetreu Auskunft zu geben und die für die richtige Einschätzung notwendigen Aufstellungen beizubringen.

§ 75: Zur Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse können Geschäftsbücher, Urkunden und Bescheinigungen einverlangt oder an Ort und Stelle eingesehen, Sachverständige beigezogen, Augenscheine durchgeführt und, mit deren Einverständnis, Zeugen einvernommen werden.

^{14a} Ulrich 95 ff., Hiestand 57, Blaß 129 ff., ferner: L. Frommer in SJZ 39 p. 428, G. Gautschi in SJZ 39 p. 451, H. Merz in ZbJV 80 p. 337, BIZR 1953 Nr. 27.

¹⁵ SAeZ 1943 p. 52 ff.

Dabei erhebt sich die Frage, ob die im Steuergesetz geforderte Auskunfts- und Editionsspflicht als Ausnahme von der Berufsgeheimhaltungspflicht im Sinne des Art. 321 Ziff. 3 StGB gelten kann. Sowohl zwei Rechtsgutachten namhafter Juristen, welche das Problem des Anwaltsgeheimnisses und der steuerrechtlichen Editionsspflicht untersuchten¹⁶, sowie die Zürcher Steuerrekurskommission II in einem nicht publizierten Entscheid vom 26. Mai 1943¹⁷ kamen zum Schluß, daß die strafrechtliche Berufsgeheimhaltungspflicht des Art. 321 StGB gegenüber der allgemeinen, für jeden Steuerpflichtigen geltenden Offenbarungsnorm derogatorische Kraft besitzt, so daß die steuerrechtliche Auskunfts- und Editionsspflicht nicht als spezifische Ausnahme im Sinne von StGB 321 Ziff. 3 gelten kann. Demnach ergibt sich mutatis mutandis auch für den Arzt nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, das Berufsgeheimnis gegenüber Steuerbehörden zu wahren, sofern ihn nicht eine spezielle Gesetzesnorm, unter ausdrücklicher Nennung des Ärztestandes zur Offenbarung verpflichtet¹⁸. Dabei kann es allerdings vorkommen, daß der Arzt bei unrichtiger Einschätzung im Rekursverfahren genötigt ist, genaue Patientenlisten als Beweismittel der Steuerbehörde zu offenbaren, um dadurch seine berechtigten finanziellen Interessen wahren zu können. Die vorgesetzte Behörde hat dann wiederum zu entscheiden, ob die ökonomischen Interessen des Arztes eine Preisgabe des Berufsgeheimnisses rechtfertigen, oder ob die Berufsperson einen anderen Modus procedendi zu wählen hat, um ihre Forderungen auch ohne Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht durchzusetzen.

§ 4 DER ARZT ALS ZEUGE

I. Allgemeines

Es ist ein Erfordernis der Justiz, sich über die zur Rechtsfindung und Rechtsprechung erheblichen Tatsachen Klarheit zu verschaffen. Nur völlig erwiesene Begebenheiten dürfen die Urteilsbildung beeinflussen, und deshalb ist im Prozeß alles zu unternehmen, um aus der Gesamtheit aller Beweismittel die richterliche Überzeugung für die Wahrheit des rechtlich erheblichen Sachverhalts herbeizuführen. Gleich wie der Staat jedem Einzelnen individuellen Rechtsschutz

¹⁶ Vgl. Giacometti: ZSGV 1944 p. 314ff., ferner bei Blaß 129ff.

¹⁷ Blaß 131.

¹⁸ Blumenstein 335, Ulrich 95ff., Hiestand 57.

gewähren muß, hat auch jeder Einzelne die Pflicht im Interesse der staatlichen Rechtspflege, diese, die Justiz nach bestimmten Richtungen durch persönliche Aktivität zu fördern¹⁹. Es besteht somit für jedermann eine öffentlich-rechtliche Pflicht, das Gericht bei der Erforschung der materiellen Wahrheit zu unterstützen, um dadurch dem Gemeinwesen eine geordnete Rechtspflege zu gewährleisten. Diese Bürgerpflicht²⁰ ist als allgemeine Rechtspflicht in den Prozeßgesetzen entweder ausdrücklich statuiert (z.B. Zürich: ZPO 184 StPO 128) oder sie ergibt sich als negative Umschreibung aus den vorhandenen Zeugnisverweigerungsnormen oder Bestimmungen über den Zeugniszwang (z.B. Freiburg ZPO 329ff.). Dabei ist sowohl der Zivil- als auch der Strafprozeß grundsätzlich an der Ermittlung des tatsächlichen Sachverhaltes interessiert, so daß die folgenden Ausführungen für beide Prozeßarten Geltung haben können. Allerdings ist, wie schon erwähnt wurde, das staatliche Interesse bei privatrechtlichen Streitigkeiten darauf gerichtet, nach dem Grundsatz der Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime den Rechtsstreit zu schlichten und sich demnach lediglich mit der formellen Wahrheit des von den Parteien zugestandenem Tatbestandes zu begnügen und im übrigen, abgesehen von gewissen Ausnahmen (z.B. Zürich: ZPO 166) die Beweisinitiative den Parteien zu überlassen. Im Strafprozeß hingegen liegt die Verfolgung des Rechtsbrechers in der Aufgabe des Staates, so daß dort die Normen über Zeugnispflicht und Zeugnisbefreiung strenger gehalten sind. Die grundsätzlichen Regelungen über den Zeugenbeweis, vor allem über die Zeugeneinvernahme, sind aber in der Regel die gleichen und unterscheiden sich eher in quantitativer als in qualitativer Hinsicht²¹.

Zeugen sind am Prozeß nicht unmittelbar beteiligt. Es sind Drittpersonen, welche verpflichtet sind, dem Gericht eigene Wahrnehmungen über rechtlich erhebliche Tatsachen mitzuteilen. Die mündliche Zeugeneinvernahme ist dabei die älteste Form des Beweises. J. Graven schreibt darüber: «Le témoignage, la preuve orale, est la plus ancienne des preuves, la plus nécessaire et la plus répandue. Dès que deux hommes se sont affrontés dans un litige, on a dû faire appel aux témoins du fait pour les départager. Mais si le témoignage est la preuve la plus fréquente, c'est aussi la moins sûre, parce que les causes d'erreur qui vicient le témoignage, même apporté de bonne

¹⁹ Krähenbühl 6/7.

²⁰ Vgl. Luzern ZPO 161.

²¹ Krähenbühl 51, Neumann 2.

foi, même convaincu, sont aussi diverses que fréquentes.» (Aus: l'obligation de parler en justice²².) In der Tat ist die Zeugenaussage oft durch subjektive Momente des Zeugen (intellektueller oder emotionaler Natur) beeinflusst, so daß für diese Art der Beweisführung eine gewisse Skepsis in der Bewertung geboten ist. Letzten Endes ist es aber nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung Aufgabe des Richters, die Zeugenaussage bei seiner Urteilsbildung positiv oder negativ zu verwerten. Erfordernis dazu ist jedoch ein möglichst umfassendes Beweismaterial, so daß die Bedeutung von subjektiven Fehlern der Einzelaussage, welche auf individueller Grundlage beruhen, durch die Mehrheit anderen Beweismaterials für die Wahrheitserforschung als Ganzes nicht in Betracht kommen kann.

II. Das Zeugnisverweigerungsrecht

Abgesehen von Bestimmungen über die sog. «testes inhabiles», die unfähigen Zeugen²³, kennt das Prozeßrecht die Zeugnisverweigerungspflicht und das Zeugnisverweigerungsrecht als Ausnahmen von der allgemein geltenden Zeugnispflicht. Der Grund, weshalb der Staat das rigorose Wahrheitsprinzip im Prozeß durchbrochen hat, ist in der Kollision privater und staatlicher Interessen zu suchen. Das Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft zwingt den Gesetzgeber auf gewisse Individualrechte und Pflichten des Einzelnen Rücksicht zu nehmen und so den Menschen mit seiner ihm anhaftenden Persönlichkeit vor uneingeschränkten Eingriffen des Staates zu schützen. Die Harmonie zwischen den Interessen des Individuums und dem Staatsinteresse erfordert eine ständige gegenseitige Rücksichtnahme, wobei allerdings das Individuelle dem Kollektiv zugunsten des Gemeinwohls, des Bonum commune, zu weichen hat,

²² In «Droit et Vérité», Genève 1946, p. 127. Zit. bei Krähenbühl 16.

²³ Inhabile Zeugen sind Personen, welche infolge von mangelndem Geistes- oder Sinnesvermögen, naher Angehörigkeit oder bei mangelndem Vertrauen infolge von Vorstrafen wegen Meineids oder falschen Zeugnisses schlechthin als Beweismittel untauglich sind. Trotzdem kann der Richter solche Personen als «Aufklärungszeugen» zur Vervollständigung des Beweises anhören (Zürich: ZPO 185, Abs. 2). Bei der Einteilung der Zeugen in «testes habiles» und «testes inhabiles» zeigt sich ein gewisser Unterschied zwischen Straf- und Zivilprozeßrecht. Der moderne Strafprozeß kennt im allgemeinen kaum mehr die Kategorie von schlechthin auszuschließenden Zeugen, indem im Interesse der Wahrheitserforschung jede sich bietende Möglichkeit benützt wird, den tatsächlichen Sachverhalt festzustellen. (Vide Guldener I p. 299 ff., Neumann 16 ff., Stalder 25 ff., ferner A. Moppert SJZ 1952 p. 101 ff.)

ohne daß aber der Einzelne der Allgemeinheit mit Rücksicht auf seine Persönlichkeit in concreto mehr opfern muß als zur Erhaltung des Staates und seiner notwendigen Institutionen absolut erforderlich ist.

Ohne Zeugnispflicht als Hilfsmittel zur Wahrheitserforschung wäre die heutige Rechtspflege undenkbar. Obwohl aber die Justiz auf Zeugenaussagen angewiesen ist, darf der Wert dieses Beweismittels dennoch nicht derart hoch eingeschätzt werden, daß daneben nicht auch andere private oder öffentliche Interessen, Rechte und Pflichten existieren können, welche im einzelnen Fall sogar zwingen, das Wahrheitsprinzip als Grundhaltung des Gesetzgebers zugunsten wertvollerer Ansprüche einzuschränken oder gar preiszugeben. Der Schutz der Persönlichkeit macht gewisse Ausnahmen vom generellen Zeugniszwang notwendig.

Die Regelungen des Zeugnisverweigerungsrechts sind in den einzelnen Kulturstaaten verschieden und variieren sogar innerhalb unseres engbegrenzten Staatsgebietes²⁴. Überall ist jedoch die Achtung vor der menschlichen Person der tiefere Grund zur Zeugnisbefreiung, so daß die Rücksichtnahme auf die Einzelpersönlichkeit und ihre Geheimsphäre in Idealkonkurrenz mit dem Staatsinteresse auf Erforschung der Wahrheit im Prozeß und im Strafverfahren auch auf Verfolgung und Bestrafung des Rechtsbrechers steht.

Die hauptsächlichsten Gründe zur Zeugnisverweigerung liegen im Schutze

1. des Angehörigenverhältnisses, indem dem Zeugen Gewissenskonflikte erspart bleiben sollen oder um den Familienfrieden nicht unnötig zu gefährden²⁵,
2. des aufgerufenen Zeugen selbst, damit er nicht zur eigenen Schande oder zu seinem unmittelbaren Nachteil aussagen muß²⁶,
3. anvertrauter oder besonders schutzwürdiger Geheimnisse²⁷.

Es soll an diesem Orte nicht weiter untersucht werden, ob diese Ausnahmen von der Zeugnispflicht in öffentlichem oder in privatem Interesse liegen²⁸. Tatsache ist, daß die Mehrheit unserer Prozeßgesetze gewisse Berufskategorien von der allgemeinen Zeugnispflicht ausschließen und damit durch die Geheimhaltung bestimmter

²⁴ Dazu Krähenbühl 6, Stalder 20, Giesker 98 ff.

²⁵ Vide Krähenbühl 81 ff., Neumann 89 ff., Stalder 49 ff.

²⁶ Vide Krähenbühl 53, Neumann 129, Stalder 40.

²⁷ Vide Krähenbühl 100, Neumann 139, Stalder 69.

²⁸ Dazu Neumann 16 ff. und 72 ff.

schutzwürdiger Tatsachen die fundamentale Bedeutung einiger privilegierter Vertrauensberufe in der heutigen Gesellschaft anerkennen (z. B. Seelsorger, Medizinalpersonen, Anwälte) und durch die Wahrung ihrer Berufsgeheimnisse einen Einbruch in das Prinzip der allgemeinen Zeugnispflicht rechtfertigen. Die Geheimsphäre des Einzelnen soll demnach in bezug auf anvertraute Berufsgeheimnisse nicht nur vor Verletzungen durch Private, sondern auch gegenüber Eingriffen des Staates geschützt werden.

Es wurde weiter vorne darauf hingewiesen, daß die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht vor allem im Interesse des Einzelnen aber auch im Interesse des Staates und der Berufsperson durch das materielle Recht gefordert wird. Der in seiner Krankheit Rat und Hilfe suchende Mensch soll sich dem Arzte rückhaltlos anvertrauen können und dabei als Selbstverständlichkeit Diskretion und Stillschweigen über die ihm mitgeteilten Geheimnisse erwarten. Der Staat hat seinerseits ein eminentes Interesse an gesunden Staatsbürgern und deshalb fördert und regelt er durch die Errichtung von modernen, kostspieligen Spitälern und durch strenge Gesetze und Verordnungen über das medizinische Studium die Heranbildung von Ärzten und Spezialisten. Was würden aber die bestausgewiesenen Ärzte, die schönsten und teuersten Spitäler nützen, wenn es dem Einzelnen an Zutrauen fehlen würde, die angebotene Hilfe wirklich in Anspruch zu nehmen ²⁹? Es ist deshalb Aufgabe des Gesetzgebers, die unter dem Zwang einer Krankheit oder unter dem Druck anderer äußerlicher oder innerlicher Verhältnisse preiszugebenden Geheimnisse des Einzelnen zu schützen und es dem ratlosen Menschen zu erleichtern, beim staatlich approbierten Arzt (und nicht bei irgendeinem Naturarzt) Hilfe zu suchen, ohne befürchten zu müssen, daß seine Geheimsphäre durch die Berufsperson verletzt würde.

Die Aufgabe des Arztes besteht im Erkennen und Heilen von Krankheiten. Die Ausübung dieses Heilberufes basiert auf einem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, ohne welches sowohl das Erkennen der Krankheit als auch ein rechtzeitiges Einsetzen der richtigen Therapie oft unmöglich, zum mindesten jedoch erschwert würde. Der Arzt hat deshalb selbst ein großes Interesse, daß der Gesetzgeber nicht nur im materiellen sondern auch im formellen Recht die Berufsgeheimnisse schützt und dadurch seine Vertrauensstellung in der Gesellschaft anerkennt und bestätigt.

Das schweizerische Strafgesetzbuch gibt keine Auskunft darüber,

²⁹ Bläz 30.

wie sich der Arzt im Prozeß, sei es als mittelbar oder unmittelbar Beteiligter zu verhalten hat. Der Bundesgesetzgeber überläßt es vielmehr den einzelnen Kantonen, die Stellung der zur Geheimniswahrung verpflichteten Berufspersonen im Falle des Prozesses zu umschreiben und verweist in Art. 321 Ziff. 3 StGB auf die Bestimmungen der kantonalen Prozeßgesetze. Es wäre nun folgerichtig, wenn das Prozeßrecht den im materiellen Strafrecht aufgestellten Schutz des Berufsgeheimnisses übernehmen würde, damit die nach materiellem Recht zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufskategorien im Verfahrensrecht nicht zur Preisgabe ihrer Berufsgeheimhaltungspflicht gezwungen werden können, so daß der im Interesse aller liegende Schutz anvertrauter Geheimnisse illusorisch würde. Allein die zum Teil viel älteren kantonalen und eidgenössischen Offenbarungsnormen sind den «neuen» Ansichten des jüngeren Strafgesetzbuches nicht gefolgt, so daß sich deutlich eine Diskrepanz in der ratio legis bemerkbar macht. Die verschiedenen Grundkonzeptionen und tatsächlichen Formulierungen in den zahlreichen schweizerischen Straf- und Zivilprozeßgesetzen sind demnach recht mannigfaltig und machen der Übersichtlichkeit wegen eine summarische Einteilung der verschiedenen Rechtsauffassungen notwendig.

1. Absolute Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß.
2. Keine Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß.
3. Relative Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß, wobei in gewissen Fällen die Zeugnispflicht gegenüber dem Interesse an der Schweigepflicht überwiegt.
4. Relative Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß im Sinne von Art. 321 StGB.

1. Heute kennt nur noch die *französische* Gesetzgebung den absoluten Schutz des Berufsgeheimnisses. Dem Arzt ist es demnach von Staates wegen untersagt, im Prozeß als Zeuge auszusagen, so daß ihm der Richter nicht nur von Amtes wegen ein Recht zur Zeugnisverweigerung gewähren muß, sondern ihn schlechthin als Zeugen bei jeder Prozeßhandlung nicht in Betracht ziehen kann und ihn demnach als testis inhabilis zu betrachten hat³⁰. Trotzdem diese ein-

³⁰ Magnol p. 1062:

«Non seulement on ne peut les (sc. personnes) obliger à déposer sur les faits pour lesquelles elles sont tenues au secret, mais on ne peut même pas les autoriser; on ne doit pas les entendre et, si elles ont été entendues, leurs dépositions doivent être considérées comme inopérantes et écartées du débat» (vgl. dazu

fachste Lösung des oft umstrittenen Problems klare Rechtsgrundsätze schafft, mehren sich vor allem seit dem Zweiten Weltkrieg in Frankreich die Befürworter einer aufgeschlosseneren Rechtsauffassung, welche die konservative Haltung der aus den Jahren 1810 (code pénal) bzw. 1806 und 1808 (code de procédure civile und code d'instruction criminelle) stammenden alten Gesetze als überholt betrachten und dabei eine Änderung der Gesetzgebung herbeiführen wollen. Für die Schweiz hat die absolute Berufsgeheimhaltungspflicht keine Bedeutung mehr, obwohl noch im letzten Jahrhundert verschiedene kantonale Straf- und Prozeßgesetze, vor allem in der welschen Schweiz, sich der orthodoxen französischen Auffassung angeschlossen haben.

2. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt vor allem das *britische* und *amerikanische* Recht. In diesen angelsächsischen Gebieten besteht für den Arzt grundsätzlich kein gesetzliches Zeugnisprivileg, wobei aber m.W. weder im «Common Law» noch im «Statute Law» expressis verbis Medizinalpersonen zur Aussage vor Gericht speziell verpflichtet werden. Wie die British Medical Association dem Schreibenden mitteilte, hat auch in Großbritannien der Staat kein ausdrückliches Recht, den Arzt zu Indiskretionen über ihm anvertraute Berufsgeheimnisse zu veranlassen. «The state has no right to demand information except where notification is required by Statute such as in infectious disease. In a court of law professional secrecy should be contravened only under protest after direction from the presiding judge³¹.»

Die während Jahrzehnten in der Literatur unseres Kontinents behauptete Tatsache, wonach in England nicht nur das Gericht, sondern das Recht im allgemeinen die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht nicht kennen soll, entspricht m.E. nicht restlos den wirklichen Begebenheiten. Es ist zwar richtig, daß im englischen Recht, welches ja eine Kodifizierung der Gesetze in kontinentalem Sinne nicht kennt, das ärztliche Berufsgeheimnis als solches nicht erwähnt wird. Dieser Umstand berechtigt jedoch keineswegs zur Annahme,

Magnol 1062 Anm. 4 sowie Art. 378 c.p.; Kap. 2 § 3 II Anm. 27 dieser Arbeit), ferner Basel-Stadt StPO 42:

§ 42: Wenn der von der Zeugnispflicht Befreite von seinem Weigerungsrechte Gebrauch macht, so dürfen Aussagen, die er im Verfahren früher gemacht hat, nicht verwendet werden. Die Protokolle über seine früheren Aussagen sind auf geeignete Weise unzugänglich zu machen.

³¹ Aus einem Brief der British Medical Association vom 2. Februar 1953.

daß in der britischen oder amerikanischen Rechtsauffassung der Begriff des Berufsgeheimnisses nicht vorhanden ist. Diese Behauptung kann für den alten Kulturstaat England sicherlich nicht zutreffen, da ja die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht im Interesse des Einzelnen, der Gemeinschaft und der Berufsperson liegt, so daß kaum anzunehmen ist, daß dem englischen Volk und den Bewohnern von Nordamerika ein Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit (sc. Geheimsphäre) abgesprochen werden soll und der Staat dem Bürger und Ärztestand gegenüber keine Pflicht hat, im Interesse der Gemeinschaftserhaltung für das Wohlergehen seiner einzelnen Glieder besorgt zu sein und demnach die Wahrung gewisser qualifizierter Geheimnisse zu gewährleisten. Erkundigt man sich nach den tatsächlichen Verhältnissen in diesen angelsächsischen Ländern, so erkennt man vielmehr, daß auch dort der Arzt über die ihm infolge seines Berufes anvertrauten Geheimnisse zu schweigen hat. Es ist eben eine Eigenart des angloamerikanischen Rechtswesens, daß nach Gerichtsgebrauchsrecht (Judge-Made Law) entschieden wird, wobei das allgemeine Common Law in gewissen Fällen noch durch lokale Gewohnheitsrechte (Local Customs) ergänzt wird. Materiell hat die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht wie überall auf dem europäischen Kontinent so auch in Großbritannien und Amerika ihre berechtigte Geltung, doch kommt diese in den angelsächsischen Gebieten nicht durch eine Kodifikation formell zum Ausdruck. Hat der Arzt als Zeuge vor Gericht zu erscheinen, so kann und wird er auf der Wahrung seiner Berufsgeheimnisse beharren. Das gewohnheitsrechtlich entwickelte Common Law ist aber zum großen Teil ein Richterrecht, ein Fallrecht (Case Law), so daß der Richter im Prozeß zu entscheiden hat, ob der Arzt als Zeuge einzuvernehmen ist oder nicht. Wird ihm das Zeugnisverweigerungsrecht vom Gericht nicht zugesprochen, so hat er sich der richterlichen Anordnung zu fügen und, allerdings «under protest», auszusagen. Dieser Protest wird dann auch in das Prozeßprotokoll aufgenommen werden, so daß der Richter bei der auch in Großbritannien und Amerika geltenden freien Beweiswürdigung den Widerstand und eventuell auch die Befangenheit des ärztlichen Zeugen berücksichtigen muß³².

³² Literaturangaben:

- a) K. Simpson, Editor, *Modern Trends in Forensic Medicine*, 1953 p. 249-253: *The Legal Duties of Medical Men*.
- b) *Taylor's Principles and Practice of Medical Jurisprudence*, 10th edit.,

Wird in einem schweizerischen Prozeßgesetz das Berufsgeheimnis nicht ausdrücklich geschützt (m. W. nur noch in Freiburg, ZPO von 1849), so hat der Arzt auf Grund von StGB 321 dennoch ein Recht zur Zeugnisverweigerung, da andererseits keine Zivil- oder Strafprozeßordnung die Medizinalpersonen *expressis verbis* zur Zeugnispflicht speziell anhält. Das materielle Strafrecht verlangt ausdrücklich die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses und macht lediglich in Art. 321 Ziff. 3 StGB einen restriktiv zu verstehenden Vorbehalt zugunsten kantonaler oder eidgenössischer Spezialnormen, welche aber nur bei besonderer Nennung des Ärztestandes eine Ausnahme von der geforderten Berufsgeheimhaltungspflicht bilden. Somit behält nach dem Satz «*lex specialis derogat legi generali*» die in bezug auf das Berufsgeheimnis strafrechtliche Spezialnorm ihre Gültigkeit, sofern nicht eine noch speziellere Rechtsnorm im Sinne von Art. 321 Ziff. 3 StGB den Arzt ausdrücklich zur Offenbarung zwingt³³.

3. Die prozeßrechtlichen Formulierungen über das Zeugnisverweigerungsrecht haben unabhängig vom materiellen Schutz der Berufsgeheimhaltungspflicht ihre Geltung. Der Art. 321 StGB besagt nichts darüber, wie sich der Arzt als Zeuge im Prozeß zu verhalten hat; die eidgenössische und kantonale Zeugnispflicht wird lediglich als Strafausschließungsgrund für die Verletzung des Berufsgeheimnisses anerkannt, sofern die Einwilligung des Verletzten vorliegt oder die im Gesetz vorgesehene Behörde die Preisgabe der geschützten Geheimnisse beschlossen hat, oder ein spezielles Gesetz die Offenbarung ausdrücklich verlangt³⁴. Die meisten Prozeßgesetze befreien nur den Seelsorger, den Arzt und den Anwalt von der Aussagepflicht als Zeugen. Die Aufzählung dieser drei hauptsächlichsten Vertrauensberufe ist abschließend zu betrachten und eine Ausdehnung des Zeugnisprivileges auf weitere Personen, vor allem auf die in StGB 321 genannten, zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen, Hülfspersonen sowie Studierende wäre nach dem Wortlaut der meisten Prozeßgesetze unstatt-

edited by Sidney Smith, 1948 Vol. I p. 21–25: Medical Privilege or Professional Secrecy.

c) D.H. Kitchin, *Legal Problems in Medical Practice*, 1936.

d) Nach S.L. Phipson, *The Law of Evidence*, London 1930, p. 196 ff. haben in England weder Priester noch Ärzte Zeugnisprivilege; nur das Anwaltsgeheimnis wird im Interesse des Klienten vor Gericht geschützt. Ebenso Phipson's *Manual of The Law of Evidence*, London 1950 p. 77 ff.

³³ Dazu Blaß 135 ff., ZStrR 1953 p. 3 ff.

³⁴ Maeder SAeZ 1948 p. 265 ff.

haft. Eine sinngemäße Erweiterung der Gesetzesinterpretation wäre zwar in vielen Fällen wünschenswert, um das Zeugnisverweigerungsrecht notwendigerweise auch auf weitere, eine gleichartige Vertrauensstellung einnehmende Personen auszudehnen. Da sind vor allem die Hilfspersonen der drei Berufskategorien zu erwähnen, welche als zugeteilte Vikare, Gemeindeglieder, Hilfsgeistliche usw. den Seelsorger bei seiner Tätigkeit unterstützen, Hilfspersonen, welche als Assistenten, Krankenschwestern (vor allem Operations- und Röntgenschwester), Laborantinnen, Apotheker, stellvertretende Studierende usw. dem Arzt bei seiner Berufsausübung unmittelbar beistehen oder Sekretäre und Kanzlisten des Anwaltes, welche als Angestellte der Berufsperson viele fremde und schutzwürdige Geheimnisse erfahren. Konsequenterweise müßte auch den Organen einer Krankenkasse oder Versicherung in bezug auf ärztliche Tatsachen ein Recht zur Zeugnisverweigerung eingeräumt werden, damit nicht auf dem Umwege über die Sozialversicherung die Schweigepflicht des Arztes umgangen und die Geheimnissphäre des Einzelnen dadurch verletzt würde. «Wenn die Hilfspersonen oder Kassenfunktionäre nicht ebenfalls von der Zeugnispflicht befreit werden, wird das Zeugnisverweigerungsrecht der privilegierten Berufskategorien, von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, illusorisch³⁵.» Jeder könnte sich durch Zeugeneinvernahmen dieser Personen jene Angaben verschaffen oder bestätigen lassen, welche der Seelsorger, der Arzt oder der Anwalt verschweigen will und muß, so daß das Zeugnisverweigerungsrecht dieser Berufspersonen zur bloßen Farce würde³⁶. Allein der gewöhnliche Vertraute, und als solcher sind auch die in den meisten Prozeßgesetzen nicht erwähnten Hilfspersonen zu betrachten, ist von der Rechtsprechung an keine Geheimnisklausel gebunden. Er hat als Zeuge vor Gericht über alles auszusagen und macht sich nicht strafbar, wenn er Geheimnisse offenbart³⁷. Wenn aber ein Prozeßgesetz ganz allgemein für anvertraute Berufsgeheimnisse ein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt (z. B. Bern: ZPO 246, Aargau: ZPO 183, Waadt: ZPO 188), dann kann und soll auch der Umfang der zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufsgruppen ex-

³⁵ Krähenbühl 119 ff.

³⁶ Dazu Ulrich 84 Anm. 5.

³⁷ Vgl. die fruchtbare Diskussion über die abschließende Aufzählung der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsgruppen in der zürcherischen ZPO: E. Wolf, SJZ 1950 p. 222 ff.; A. Meier-Hayoz, SJZ 1950 p. 340 ff.; H. GeBner, SJZ 1950 p. 343 ff.

tensiv, zumindest jedoch auf die in Art. 321 StGB erwähnten Kategorien interpretiert werden. Das BG über den Zivilprozeß vom 4. Dezember 1947 verweist zum Beispiel in Art. 42 ausdrücklich auf die in Art. 321 Ziff. 1 StGB genannten Berufspersonen und überläßt es überdies dem Ermessen des Richters, auch andere schutzwürdige Berufs-, Geschäfts-, Fabrikations- oder Kunstgeheimnisse von der Preisgabe auszuschließen.

Der Geheimnisschutz des materiellen Strafrechtes ist einseitig. Sowohl der Private und der Arzt als auch der Staat haben ein gleichgehendes Interesse, das Berufsgeheimnis zu wahren und unerlaubte Indiskretionen zu verbieten. Im Prozeß hingegen stehen sich zwei verschiedene Interessen gegenüber: Da ist einerseits der Dritte, welcher sein Geheimnis dem ärztlichen Zeugen anvertraut hat, sowie der Arzt, welcher auch vor Gericht sein Berufsgeheimnis wahren will, und andererseits der Staat, der in seinem Bestreben nach Wahrheitserforschung in die private Geheimsphäre eindringen muß. Wenn nun schon das formelle Prozeßrecht ein Zeugnisverweigerungsprivileg anerkennt, so will das noch nicht besagen, daß der Staat damit endgültig auf seine Rechte zur Ermittlung der materiellen Wahrheit verzichtet. Die kollidierenden Interessen sollen vielmehr gegeneinander abgewogen werden, wobei das Gesetz gewisse generelle Grundsätze aufstellt, um im einzelnen Fall die Ausnahmen vom Zeugniszwang einerseits oder das Interesse der Justiz an der absoluten Wahrheit andererseits zu begründen.

Der Arzt hat im allgemeinen die Rechtspflicht, über Geheimnisse, die er infolge seines Berufes oder in dessen Ausübung wahrgenommen hat, zu schweigen (StGB 321 Ziff. 1). Diese Schweigepflicht gilt grundsätzlich auch im Prozeß, wo der Arzt entweder als unmittelbar beteiligte Partei oder als nur mittelbar beteiligter Zeuge auftritt. In keinem Prozeßgesetz wird die ärztliche Schweigepflicht verneint, so daß nur die auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Arztes erteilten Zustimmung der vorgesetzten Behörde erfolgte Geheimnisoffenbarung straflos bleibt (StGB 321 Ziff. 2). Ist der Arzt somit als Zeuge an einem Prozeß beteiligt, so hat er primär stets die Aussage zu verweigern; es besteht für ihn eine Zeugnisverweigerungspflicht, welche so lange dauert, als eine rechtsgültige Entbindung von der Geheimhaltungspflicht nicht vorliegt.

«Geheimnisse gelten nur so lange sie als geheim betrachtet werden oder so lange sie geheim sind³⁸.» Die Ermächtigung zur Preis-

³⁸ Giesker 8, 110 ff.

gabe kann nur vom Geheimnisherrn selbst erteilt werden, da seine Geheimsphäre als Persönlichkeitsrecht unzertrennbar mit seiner Person verbunden ist. Individualberechtigter ist dabei derjenige, in dessen Geheimsphäre das Geheimnis liegt. In der Regel ist es der Patient, doch kann der Arzt auch Geheimniswahrer von Geheimnissen Dritter, z.B. von Familienangehörigen oder Freunden des Patienten sein, die ihm vom Kranken oder anderen Personen mitgeteilt wurden. Die Schweigepflicht besteht aber nicht gegenüber dem Anvertrauenden, sondern stets nur gegenüber dem Geheimnisberechtigten, welcher allein nur ein subjektives Verfügungsrecht über seine Geheimsphäre besitzt. Individualberechtigter kann somit jeder sein, von dem der Arzt Geheimnisse wahrte; ob diese Person am Prozeß beteiligt ist oder nicht, ob sie selbst als Partei oder Zeuge aussagepflichtig ist oder nicht, ist dabei irrelevant.

Eine gewisse Rechtsunsicherheit ergibt sich für den Fall, daß der Individualberechtigte urteilsunfähig ist. Darf ein gesetzlicher Vertreter für den Urteilsunfähigen über dessen Geheimsphäre verfügen oder kann nur der eigentliche Träger des subjektiven Persönlichkeitsrechts dasselbe ausüben? Es bestehen Ansichten, daß der Vormund vor allem aus vermögensrechtlichen Erwägungen heraus oder im Interesse des Wohlergehens seines Schutzbefohlenen auf Grund von Art. 405 ff. ZGB den Arzt von der Berufsgeheimhaltungspflicht gegenüber dem Urteilsunfähigen rechtlich entbinden kann. Andere wiederum glauben, daß nur die vom Gesetz begünstigte Person und sonst keine andere auf das höchstpersönliche Recht der eigenen Geheimsphäre verzichten kann. Diese mehr rechtsphilosophische Frage soll an dieser Stelle bewußt unbeantwortet bleiben. Es ist jedoch in der Praxis ein Erfordernis, daß jemand für den Urteilsunfähigen den Arzt von seiner Schweigepflicht entbinden kann; zudem soll auch jemand auf eine Verletzung der Geheimsphäre sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich für den Urteilsunfähigen reagieren können³⁹.

Ein anderes, ebenso wichtiges Problem für das ärztliche Berufsgeheimnis stellt sich beim Tode des Geheimnisberechtigten. Oft ist es von eminenter Wichtigkeit, daß der Arzt vor allem bei Erb- und Versicherungsstreitigkeiten, aber auch im Strafverfahren zur Preisgabe gewisser Geheimnisse des Verstorbenen ermächtigt wird. Die Geheimsphäre als Individualrecht ist dabei unzertrennbar mit der Person verbunden und endet naturgemäß mit dem Tode ihres Trä-

³⁹ Dazu: Krähenbühl 148, Fleiner ZUK 1925 p.265, Segesser ZUK 1924 p.192, Tuor 278, Hafter 857; vgl. auch StGB 28.

gers⁴⁰. Die Hinterbliebenen haben ihre eigene Geheimsphäre, die oft auch Geheimnisse des Verstorbenen umfaßt. So können sich die Erben selbst gegen eine Verletzung ihrer Geheimsphäre wehren, wobei sie auch die unbefugte Preisgabe von Geheimnissen des Erblassers als Eingriff in die eigenen persönlichen Verhältnisse und demnach als unerlaubte Handlung betrachten. Zudem haben die Hinterbliebenen ein gewisses Recht an den persönlichen Verhältnissen des Erblassers, soweit diese ihre eigenen Interessen berühren. Sofern die Preisgabe von Geheimnissen eines Verstorbenen im Prozeß erforderlich ist, haben die gesetzlichen Erben ein Recht, den Arzt von seiner Berufsgeheimhaltungspflicht zu entbinden (BlZR 1939 Nr. 109). Der Bundesbeschluß betr. die Organisation und das Verfahren des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes bestimmt denn auch in Art. 77 Ziff. 4: «Verlangen jedoch der Versicherte oder seine Hinterlassenen die Aussage, so sind Ärzte und Rechtsbeistände zu ihr verpflichtet.» Könnte nach dem Tode des Individualberechtigten niemand den Arzt von seiner Zeugnispflicht entbinden, so «hieß das allgemein eines der wichtigsten und oft das einzige Beweismittel zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen wegen Verfügungsunfähigkeit des Erblassers ausschalten ... Ein solches Ergebnis entspräche nicht der Rechtsordnung, weder privatrechtlich noch prozeßrechtlich.» (SJZ 1939 p. 31.)

Auch die behördliche Ermächtigung im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB gibt dem Arzt im Prozeß ein Recht zur Aussage⁴¹. Da die Grenze der Geheimhaltungspflicht im Mißbrauch und in den Interessen des Patienten liegt, wird der Arzt vielleicht gezwungen sein, die Einwilligung der vorgesetzten Behörde einzuholen, um aus einem ausnahmsweisen Gewissenskonflikt heraus oder wegen höheren Interessen sein Berufsgeheimnis straflos offenbaren zu können. Dabei ist jedoch stets von der überragenden Bedeutung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht auszugehen; das eigene Interesse an der Geheimnisoffenbarung darf nicht höher gestellt werden als das entgegengesetzte Interesse an der Geheimhaltung.

⁴⁰ Giesker 186 ff.; vgl. auch Schwarz a. a. O. 900.

⁴¹ Anderer Meinung Krähenbühl 149; ferner: Botschaft zum Bundeszivilprozeß (BBJ 1947 I 1014): «Eine behördliche Ermächtigung zur Aussage – wie die im Strafgesetz vorgesehene, die aus öffentlichem Interesse geschieht – fällt im Bundeszivilprozeß, wo es um private Interessen geht, nicht in Betracht» (m. E. kann aber die behördliche Einwilligung besonders bei Erbschafts- und Vormundschafsstreitigkeiten in Frage kommen).

Die rechtlich relevante Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis ist beim Fehlen einer besonderen Bestimmung im Prozeßgesetz in der Regel *conditio sine qua non* für jede straflose Geheimnisoffenbarung des Arztes vor Gericht. Die grundsätzliche Zeugnisverweigerungspflicht wird durch die Einwilligung des Berechtigten oder der dazu gemäß StGB 321 Ziff. 2 bestimmten Behörde aufgehoben. Tritt nun aber an Stelle der bisherigen Weigerungspflicht der allgemeine Zeugniszwang, wie er für jedermann gilt, oder hat der Arzt weiterhin ein Recht, trotz der vorhandenen Bewilligung sein Zeugnis zu verweigern? Die Bestimmungen der Prozeßgesetze sind verschieden. Einige überlassen die Entscheidung dem Arzt, auch weiterhin zu schweigen oder auszusagen; sie sollen im nächsten Abschnitt besprochen werden. Eine große Anzahl anderer Prozeßgesetze (darunter u. a. Bund: ZPO 42, Militärstraßgerichtsordnung 86, BB betr. Org. u. Verf. vor d. Bundesversicherungsgericht Art. 77, Zürich ZPO 187⁴²) verpflichten dagegen die von der Schweigepflicht entbundenen Berufspersonen zur Aussage und entscheiden somit das Problem der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß zugunsten des Prinzips der Wahrheitserforschung. Für diese vom materiellen Strafrecht abweichende Regelung gewährt aber Art. 321 Ziff. 3 StGB ausdrücklich den Vorbehalt zugunsten der eidgenössischen und kantonalen Rechtsordnungen. Als Ausnahme kann aber nur eine Bestimmung gelten, welche ausdrücklich den Arzt zum Reden anhält und somit sein Recht, das Berufsgeheimnis für sich zu behalten, zerstört.

Beispiele:

Bund ZPO 42 Ziff. 1 Abs. b

Das Zeugnis kann verweigert werden:

a)

b) von den in Artikel 321, Ziffer 1, des Strafgesetzbuches genannten Personen über Tatsachen, die nach dieser Vorschrift unter das Berufsgeheimnis fallen, sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat.

Zürich ZPO 187 Ziff. 2

Überdies können verweigert werden:

1.

2. Aussagen über Tatsachen, die dem Zeugen in der Stellung als Seelsorger, Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind, sowie über Amtsgeheimnisse; das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheimzuhalten, entbunden worden ist.

Das Standesprivileg der Ärzte fällt demnach mit der Einwilligung des Geheimnisberechtigten dahin und an Stelle des Rechts bzw. der

⁴² Dazu Ulrich 84/85, Krähenbühl 139.

Pflicht zur Zeugnisverweigerung tritt der Zeugniszwang. Der Arzt hat alsdann wie jeder andere vor Gericht zu erscheinen und über seine Wahrnehmungen auszusagen. Weigert er sich, so können gegen ihn die durch die verschiedenen Prozeßordnungen vorgesehenen Zwangsmittel wie: Geldstrafen, polizeiliche Vorführung des renitenten Zeugen (Realzitation), Überweisung an den Strafrichter (vgl. StGB 292: Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) angewendet werden⁴³. Verschiedentlich bestimmen sogar die Prozeßgesetze (z.B. Bund ZPO 44 Ziff.2, Militärstrafgerichtsordnung 93, Bern ZPO 250 Abs.2, daß bei ungerechtfertigter Zeugnisverweigerung der Schuldige für die entstandenen Kosten und für den Schaden des Beweisführers aufzukommen hat. So: BB betr. Org. u. Verf. d. Eidg. Versicherungsges. Art.79 Ziff.2: «... Überdies wird der Zeuge dem Beweisführer für den Schaden verantwortlich, den seine Weigerung verursacht hat, und es ist bei dessen Ausmittlung zu vermuten, daß das Zeugnis günstig für den Beweisführer gelautet haben würde.» (Ähnlich Zürich ZPO 196 Abs.2.) Daß sich dieser Schaden besonders bei Streitigkeiten in sehr hohe Geldsummen belaufen kann, ist wohl anzunehmen⁴⁴.

4. Im dritten Abschnitt über die Einteilung der verschiedenen Rechtsauffassungen über das Zeugnisverweigerungsrecht wurden die eigentlichen Ausnahmen der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht im Prozeß erwähnt. Diese haben trotz der Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches in den betreffenden eidgenössischen und kantonalen Gerichtsverfahren Rechtskraft, da sie in Art.321 Ziff.3 StGB als Ausnahmen ausdrücklich vorbehalten sind⁴⁵. Die Justiz erachtet dabei das Geheimnis als lediglich im Interesse des Individualberechtigten liegend und anerkennt die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht nur solange der Geheimhaltungswille vom Geheimnisherrn aufrecht erhalten wird. Bei einem Verzicht auf Geheimhaltung der anvertrauten Güter wird der Arzt zur Aussage verpflichtet, obwohl sich sein Berufsgeheimnis in der Regel über Tatsachen erstreckt, welche dem Patienten selbst unbekannt sind oder der Geheimnissphäre von Drittpersonen entstammen. Der Individualberech-

⁴³ Dazu v. Orelli 115 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu: Segesser ZUK 1924 p.274, Fleiner ZUK 1925 p.266.

⁴⁵ Vgl. den von Maeder in SAEZ 1948 p.265 ff. besprochenen Entscheid der Anklagekammer des Kt.s St.Gallen, ferner den von Krähenbühl p.145 zitierten Entscheid des Basler App. Ger. 6, 194; ferner SJZ 1953 p.314, SAEZ 1953 p.424.

tigte kann jedoch auch vor Gericht nur über eigene Geheimnisse verfügen, die mit seiner Persönlichkeit verbunden sind, so daß sich die Ermächtigung zur Preisgabe nicht auf jene Tatsachen bezieht, welche in die Geheimsphäre anderer gehören. Der Arzt wird aber infolge seiner Ausbildung und Fachkenntnis die Situation viel objektiver und gründlicher überblicken können und demnach Krankheiten und deren Folgen erkennen, über die der Patient selbst nicht orientiert ist. So kann es Situationen geben, bei denen der Geheimnisberechtigte die Berufsperson von der Zeugnisverweigerungspflicht entbindet, ohne sich jedoch infolge Unkenntnis gewisser Tatsachen über die große Tragweite der Preisgabe bewußt zu sein. Ist es dem Arzt erlaubt worden, über einen bestimmten Sachverhalt oder ganz allgemein über den Gesundheitszustand einer Person auszusagen, so besteht seine Zeugnisspflicht nach dem Wortlaut der im vorherigen Abschnitt erwähnten Gesetze auch dann, wenn er ohne das Wissen des Geheimnisherrn Tatsachen aussagen muß, welche diesem unter Umständen schaden können. Deshalb soll ungeachtet seiner Zeugnisspflicht der gewissenhafte Arzt den Patienten über die preiszugebenden Geheimnisse in vollem Umfang rechtzeitig aufklären und zugleich dem Richter gegenüber seine Bedenken vorbringen, damit diese nach freiem Ermessen des Gerichtes gewürdigt werden können. Dieses Vorgehen entspricht jedoch einer rein ethischen Berufsauffassung, da der Arzt gemäß den erwähnten Prozeßgesetzen rechtlich zum Zeugnis verpflichtet ist und demnach auch für Aussagen zuingunsten des einwilligenden Geheimnisherrn nicht bestraft werden kann. Das Gericht darf aber auch bei bestehender Aussagepflicht dem Willen des Arztes zur Geheimniswahrung insofern Rechnung tragen, daß es den Arzt als Zeugen unter Ausschluß der Öffentlichkeit einvernehmen kann. Das Öffentlichkeitsprinzip der Rechtspflege ist eine wichtige und typisch demokratische Einrichtung, welche in der Regel nur die im Gesetze selbst erwähnten Ausnahmen erlaubt (z. B. Zürich GVG 146: mit Rücksicht auf Sitte und Anstand, staatliche Sicherheit und öffentliche Ordnung, ferner bei Scheidungs- und Vaterschaftsprozessen). Das Bestreben nach Unverletzlichkeit der Geheimsphäre des Menschen als dessen unveräußerliches Persönlichkeitsrecht, gestattet aber bestimmte Tatsachen des ärztlichen Berufsgeheimnisses diskret zu behandeln. «Sache des Gerichts wird es sein, zu prüfen, ob die mitgeteilten Tatsachen für die Beurteilung des Streitfalles von Bedeutung sind, und, wenn dies zutrifft, festzustellen, ob und unter welchen sichernden Bedingungen sie den Pro-

zeßvertretern der beiden Parteien zu vertraulicher Kenntnis gebracht werden sollen⁴⁶.»

Die Mehrzahl der Prozeßgesetze tragen der Berufsgeheimhaltungspflicht insofern Rechnung, daß sie dem Arzte erlauben zu schweigen, auch wenn die Einwilligung des Berechtigten zur Offenbarung vorliegt. Damit wird anerkannt, daß die ärztliche Schweigepflicht und folglich auch das Zeugnisverweigerungsrecht nicht nur den Schutz der privaten Geheimsphäre bezweckt, sondern auch der anerkannten Vertrauensstellung des Arztes in der Gesellschaft Rechnung trägt. Der Prozeß bildet einen Ausnahmefall in den täglichen Rechtsbeziehungen der Menschen; das gegenseitige Vertrauen zwischen Arzt und Patient dagegen ist eine ständige Voraussetzung sowohl für die erfolgreiche Berufsausübung des Arztes als auch für die Erhaltung der Volksgesundheit. Das Interesse des Individuums am Schutz seiner Geheimsphäre und das Interesse der Allgemeinheit an einer gesunden Bevölkerung und an einer vertrauenswürdigen Ärzteschaft soll grundsätzlich auch im Prozeß, wo der Arzt ja in der Regel nur über wenige, wenn auch wichtige Fragen einvernommen werden soll, das Interesse des Staates an der Erforschung der materiellen Wahrheit überwiegen. Es wird der Berufsperson nicht verboten, als Zeuge vor Gericht auszusagen, sofern sie dazu ermächtigt ist. Die Entscheidung über die Geheimnisverletzung soll aber vom approbierten Arzt getroffen werden, denn nur er kann dank seines Wissens und Könnens die Situation mit der erforderlichen Objektivität überblicken, um in concreto zu beurteilen, ob seine Aussage dem Patienten und der Wahrheit von Nutzen sein wird, oder ob er durch seinen Vertrauensbruch mehr Unheil als Gutes anrichten würde. Der am Prozeß beteiligte Geheimnisberechtigte wird es zudem aus naheliegenden Gründen wohl kaum wagen, die Einwilligung zur Preisgabe seiner Geheimnisse zu verweigern. Er müßte befürchten, daß seine Obstruktion negativ ausgelegt oder die freie Beweiswürdigung des Richters ungünstig beeinflussen würde, so daß ihm deshalb trotz seiner gewissermaßen moralisch erzwungenen Einwilligung die peinliche Alternative erspart bleiben soll, indem er auch im Prozeß mit der Wahrung des Berufsgeheimnisses durch den Arzt als seine Vertrauensperson rechnen kann.

In einem Rechtsstaat ist der Wille des Gesetzgebers höchstes Gebot für alle rechtlichen Beziehungen der Bürger. So hat sich jeder Einzelne und darunter auch der Arzt den Bestimmungen der einzel-

⁴⁶ Fleiner a. a. O. 266.

nen Prozeßgesetze zu fügen, auch wenn sie in den einzelnen kantonalen und eidgenössischen Rechtsgebieten verschieden sind und zum Teil den berechtigten Interessen des Ärztestandes nicht gerecht werden. Eine wirkliche Ausnahme von der Berufsgeheimhaltungspflicht bilden ja nur diejenigen Prozeßgesetze, welche bei rechtsverbindlicher Einwilligung des Berechtigten dem Arzte eine Pflicht zur Zeugenaussage auferlegen. Alle anderen Prozeßordnungen aber, die dem Arzt entweder gar kein Zeugnisprivileg oder dann lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumen, ohne *expressis verbis* dieses Zeugnisprivileg durch die Ermächtigung des Geheimnisberechtigten wieder zu zerstören, handeln gemäß der Bestimmung von Art. 321 des materiellen Strafrechts, da sie nicht als Ausnahmen im Sinne von StGB 321 Abs. 3 gelten können.

§ 5 DER ARZT ALS SACHVERSTÄNDIGER

Sowohl der Zivil- als auch der Strafprozeß ist in vielen Fällen auf Sachverständigen-Gutachten angewiesen. Die Stellung und Funktion des Experten im Prozeß ist dabei streng von derjenigen des Zeugen zu unterscheiden⁴⁷. Der Sachverständige ist kein Beweismittel und seine Gutachtertätigkeit dient nicht dem Beweis von historischen Tatsachen, welche er außerhalb des Prozesses selbst festgestellt hat. Der Experte ist Gehilfe und Ratgeber des Richters bei der Feststellung, Beurteilung und Bewertung von Tatsachen, die das Gericht ohne genaue Sachkenntnis nicht erkennen kann. Der Sachverständige kann somit im Gegensatz zum Zeugen durch einen andern Experten ersetzt werden. Über die Notwendigkeit, einen oder mehrere Sachverständige beizuziehen sowie über deren Wahl entscheidet der Richter (Zürich ZPO 213, StPO 110). Dabei besteht in der Regel keine allgemeine Bürgerpflicht, dem Gericht als Sachverständiger zur Verfügung zu stehen (Zürich ZPO 215, StPO 112), so daß demnach der Einzelne im allgemeinen nicht verpflichtet werden kann, ein Gutachten auszustellen⁴⁸. Dagegen werden gewisse Personen oft sogar durch das Gesetz selbst zu dauernden gerichtlichen Sachverständigen bestimmt (z. B. Zürich ZPO 215, StPO 110: Bezirksärzte, Bezirkstierärzte und deren Adjunkte, Direktoren und Sekundärärzte der kantonalen Kranken- und Irrenanstalten und des

⁴⁷ Dazu Guldener I 304 ff., Kunelsky 9 ff., v. Orelli 34 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu Ausnahmen bei Guldener I 305 Anm. 7.

gerichtlich medizinischen Instituts sowie der kantonale Irreninspektor), wobei aber für diese Experten im Interesse der Unparteilichkeit und Unbefangenheit die gleichen Ausstandsgründe gelten wie für den Richter (Bund ZPO 58, Zürich ZPO 214, StPO 111).

Der Arzt als Sachverständiger hat dem auf medizinischem Gebiet unkundigen Richter die Erforschung der materiellen Wahrheit zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen. Wie für den Zeugen gilt auch für den Experten die absolute Wahrheitspflicht. Ein vorsätzlich falsches Gutachten oder ein vorsätzlich falscher Befund (*faux rapport en justice*) wird gemäß StGB 307 mit schweren Strafen bis zu 5 Jahren Gefängnis oder Zuchthaus bestraft⁴⁹. In verschiedenen Prozeßgesetzen werden deshalb die Sachverständigen ausdrücklich ermahnt, «ihr Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben, unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen eines wissentlich unrichtigen Gutachtens» (Zürich ZPO 217, StPO 113, Schaffhausen StPO 120, Bund StPO 93⁵⁰).

Obwohl niemand gegen seinen Willen als gerichtlicher Experte beigezogen werden kann, bedeutet die Ausübung der Tätigkeit eines ärztlichen Sachverständigen trotzdem für Medizinalpersonen eine Berufs- oder Amtspflicht. In den meisten Kantonen wird jeder approbierte Arzt durch Gesetze und verwaltungsrechtliche Erlasse oder auch durch private Standesregeln verpflichtet, der Behörde für alle von ihr verlangten Berichte zur Verfügung zu stehen. So bestimmt auch das Zürcher Medizinalgesetz für Ärzte:

§ 7: ... Sie sind, solange sie nicht auf die Berufsbetreibung förmlich verzichtet haben, verpflichtet, soweit möglich, jedem, der ihrer Dienste bedarf und sie dafür anspricht, dieselben jederzeit zu leisten.

Darunter sind auch Gerichtsbehörden und andere private oder amtliche Stellen zu verstehen, welche den privaten oder beamteten Arzt ersuchen, als Sachverständiger ihnen seine Dienste zur Verfügung zu stellen. In der Praxis werden aber regelmäßig nur besonders geeignete, in der Regel die durch das Gesetz selbst bestimmten Amts- oder Fachärzte als Sachverständige gewählt, um von vorneherein zuverlässige Berichte über Begutachtungen zu garantieren. Um aber Gewissenskollisionen zu vermeiden, werden dem zum Experten bestimmten Arzt ausdrücklich die gleichen Ausschließungsgründe gewährt, welche ihn zur Zeugnisverweigerung ermächtigen; z.B. Schaffhausen StPO 118: «Dieselben Gründe, welche einen

⁴⁹ Dazu Hafer 809 ff., Thormann-v. Overbeck II 441, Mastronardi 72 ff.

⁵⁰ Dazu BIZR 1941 Nr. 73.

Zeugen zur Verweigerung des Zeugnisses ermächtigen, berechtigen auch den Sachverständigen zur Ablehnung der Wahl. Er kann auch aus anderen Gründen von der Pflicht enthoben werden.»

Am häufigsten wird wohl der Arzt als Experte befangen sein, wenn er einen seiner eigenen Patienten begutachten soll. Dabei hätte er sowohl über eigene Wahrnehmungen vergangener Tatsachen als Zeuge, als auch über eigene Feststellungen und Schlußfolgerungen als Begutachter auszusagen. Der sog. sachverständige Zeuge ist demnach eine Person, die dem Richter für die Erforschung der materiellen Wahrheit sowohl als Zeuge wie auch als Sachverständiger dienen kann. Da aber im Gegensatz zum gewöhnlichen Experten der sachverständige Zeuge durch keine andere Person ersetzt werden kann und seine Sachkenntnis zugleich auch auf eigene, außerhalb des Prozesses wahrgenommene Tatsachen anwendet, ist er als qualifizierter Zeuge zu betrachten, auch wenn er neben seiner, dem Beweis dienenden Aussage zugleich auch ein Gutachten als Experte abgibt⁵¹. Verschiedene Prozeßgesetze zählen ihn deshalb ausdrücklich unter der Kategorie der Zeugen auf, so daß er den allgemeinen Regeln des Zeugenbeweises unterstellt wird. In diesem Sinne z.B. Zürich ZPO 203, deutlich aber vor allem in der deutschen ZPO 85: «So weit zum Beweise vergangener Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, gelten die Vorschriften über den Zeugenbeweis.» Schaffhausen verbietet sogar *expressis verbis* dem Amtsarzt die Begutachtung seiner Patienten: StPO 116 Abs. 2: «Ein Gerichtsarzt befindet sich in Ausstand, wenn er als Hausarzt einer Partei oder als behandelnder Arzt zugezogen worden ist.»

Der Sachverständige einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde hat ähnlich wie der Vertrauensarzt einer Krankenkasse oder Versicherung über den zur Begutachtung überwiesenen Exploranden Auskunft zu geben. Er hat die ihm gestellten Fragen genau und vollständig zu beantworten und seinem Auftraggeber über eigene Beobachtungen Mitteilung zu machen. Er steht gegenüber der zu begutachtenden Person in keinem Vertrauensverhältnis; von «Anvertrauen» im Sinne des Art. 321 StGB kann nicht die Rede sein. Zweck der Untersuchung ist nicht Heilung, sondern ausschließlich Erforschen von gewissen Umständen, die zur Begutachtung und Weiterverbreitung an bestimmte Amtsstellen gebraucht werden. Jeder Explorand weiß oder soll es durch entsprechende Aufklärung

⁵¹ Dazu Mastronardi 12ff.

wissen, daß der Arzt als Experte ihn begutachten muß und demnach gegenüber seinem Auftraggeber nicht an das Berufsgeheimnis gebunden ist. Obwohl im Gesetz von der Berufsgeheimhaltungspflicht des ärztlichen Begutachters nirgends die Rede ist, muß angenommen werden, daß der Sachverständige Tatsachen wahrnimmt, die er in Ausübung einer Berufs- oder Amtspflicht (StGB 32) seinem Auftraggeber mitteilen muß und darf. Die Tätigkeit des Sachverständigen ist mit der Wahrung des Berufsgeheimnisses gegenüber dem Mandatar unvereinbar.

Der Privatexperte einer Krankenkasse oder Versicherung ist von vorneherein von der Geheimhaltungspflicht entbunden. Der Explorand hat sich vertraglich verpflichtet, die Begutachtung zu dulden und die Bekanntgabe des Untersuchungsergebnisses an die Versicherung zu gestatten. Ein Widerruf der rechtlich verbindlichen Ermächtigung würde ein Verzicht auf die vertragliche Gegenleistung bedeuten⁵². Anders liegen die Verhältnisse beim amtlichen Experten oder beim privaten Sachverständigen, der in amtlichem Auftrag handelt. In der Regel kann die Einwilligung des Exploranden, der sich zur Begutachtung freiwillig stellt, angenommen werden. Weigert er sich, so wird der Experte dennoch verpflichtet sein, in Ausübung seiner Berufs- bzw. Amtspflicht diejenigen Tatsachen in seinem Gutachten zu erwähnen, welche den Tatbestand betreffen und zum Beweis des im Bericht enthaltenen Sachverhalts sowie seiner Schlußfolgerung nötig sind. Dabei ist es jedoch Sache der individuellen Geschicklichkeit und des persönlichen Taktgefühls des Experten, die Offenbarung fremder Geheimnisse auf ein Minimum zu beschränken und somit auf die persönliche Geheimosphäre des Exploranden Rücksicht zu nehmen⁵³.

Hauptvoraussetzung, daß ein Gutachten oder ein ärztlicher Befund für die richterliche Urteilsbildung gebraucht werden kann, ist die Wahrheit des Berichtes. «Falsch oder unrichtig ist der Befund, wenn er mit der Wahrnehmung des Sachverständigen nicht zusammenfällt; falsch ist das Gutachten, wenn es nicht den logischen oder den wissenschaftlichen Regeln entspricht⁵⁴.» Dabei kann auch das absichtliche oder unabsichtliche Verschweigen von wichtigen Bege-

⁵² W. Heim, NZZ 29. Mai 1952.

⁵³ Abzulehnen ist deshalb der Wunsch des Zürcher O. Ger. (BlZR 1951 Nr. 124), wonach die Protokolle der Explorationen dem Gutachten beizulegen sind.

⁵⁴ Thormann-v. Overbeck II 442; vgl. auch Felix Rom: Die Bedeutung des psychiatrischen Gutachtens im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1953.

benheiten einen Sachverständigenbericht verfälschen und unbrauchbar machen. Um dem Experten die Begutachtung zu ermöglichen, hat der Richter ihm alles dazu notwendige Material zur Verfügung zu stellen und ihn nötigenfalls auch zu Verhören, Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und Augenscheinen zuzuziehen (Zürich ZPO 218, StPO 114). Darüber hinaus hat der Experte selbst Erkundigungen einzuziehen und weiteres Material zu beschaffen, das für die wahrheitsgetreue Begutachtung notwendig ist. Besonders der ärztliche Sachverständige, vorab der Psychiater, ist auf Angaben von dritter Seite angewiesen, um die Aussagen des Exploranden überprüfen und ergänzen zu können. Dabei ist jedoch niemand gehalten, dem Sachverständigen mit Angaben zu dienen. Nötigenfalls können aber Personen, für die eine Zeugnisspflicht besteht, durch das Gericht als Zeugen einvernommen oder zur Edition von Akten angehalten werden.

Der ärztliche Experte, der ein Gutachten für ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde erstattet, übt in der Regel vorübergehend amtliche Funktionen aus. Er gilt als Beamter im Sinne von Art. 110 Ziff. 4 StGB und ist gegenüber seinen Vorgesetzten und Auftraggebern zur Berichterstattung verpflichtet⁵⁵. Die Übernahme eines Begutachtungsauftrags bedeutet für den privaten oder den beamteten Arzt eine Berufs- bzw. Amtspflicht. Die Ausführung des Mandates, d.h. die Begutachtung und die Offenbarung des Wahrgenommenen an die auftraggebende Behörde erfolgt regelmäßig in Erfüllung einer Amtspflicht. Der Arzt als Gerichts- oder Verwaltungsexperte ist, wie die auftraggebende Behörde selbst, an das Amtsgeheimnis (StGB 320) gebunden. Jede unerlaubte Offenbarung von Geheimnissen, die er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, ist als Offizialdelikt von Amtes wegen zu bestrafen. Auch wenn der Inhalt seines Befunds oder seines Gutachtens vor Gericht den Parteien, ihren Vertretern oder bei Öffentlichkeit der Verhandlung auch weiteren Kreisen und durch die Presse sogar der Allgemeinheit bekannt wird, ist der Sachverständige stets nur der auftraggebenden Behörde und nicht gegenüber anderen Personen offenbarungspflichtig und verantwortlich. Dabei darf aber der Experte in Erfüllung seines Auftrages nur diejenigen Begebenheiten und Feststellungen in seinem Befund oder Gutachten erwähnen, welche notwendig sind, um die auftraggebende Behörde von der Wahrheit des Sachverständigenberichts zu überzeugen. Jede weitere Offenbarung bedeutet

⁵⁵ Dazu Ulrich 88, Hiestand 61, H.K. Knoepfel in NZZ 10. Dez. 1952.

keine Amtspflicht mehr und ist als Verletzung des Amtsgeheimnisses zu bestrafen.

Der medizinische Sachverständige wird oft darauf angewiesen sein, mündliche Auskünfte oder die Herausgabe von Aufzeichnungen anderer Ärzte zu verlangen, welche den Exploranden früher einmal behandelt haben. Dabei ist es selbstverständlich, daß diese außerhalb des Prozesses stehenden Berufspersonen in Ausübung ihrer Berufsgeheimhaltungspflicht ohne die Einwilligung des Individualberechtigten weder schriftliche noch mündliche Angaben über Geheimnisse machen dürfen, die ihnen der nun zu begutachtende Explorand seinerzeit als hilfeschender Patient offenbart hat. Es würde auch nicht der *ratio legis* entsprechen, wenn der zur Zeugnisverweigerung berechnigte oder ohne Einwilligung des Geheimnisherrn zur Zeugnisverweigerung gemäß StGB 321 verpflichtete Privatarzt einem Sachverständigen als richterlichem Gehilfen jene Geheimnisse offenbaren darf, die er vor Gericht verschweigen kann oder muß. Es ist zwar unbestritten, daß es sich häufig als notwendig erweist, frühere Krankengeschichten zu Begutachtungen beizuziehen. Für den psychiatrischen Experten ist es in der Regel sogar unerläßlich, neben den Angaben von Angehörigen, Freunden und Arbeitgebern auch von einem früheren behandelnden Arzt oder von Anstalten Auskünfte zu verlangen und deren Krankengeschichten einzusehen, um über das ganze Vorleben eines Exploranden Klarheit zu erhalten. Ohne diese Angaben wird es für den Sachverständigen vielleicht gar nicht möglich sein, den Exploranden nach bestem Wissen und Gewissen (vgl. Zürich ZPO 217) zu begutachten und dem Auftraggeber ein wahres Gutachten zu erstatten. In Ärztekreisen war es deshalb schon von jeher Gewohnheit, anderen Berufskollegen zu Begutachtungen Krankengeschichten herauszugeben und untereinander Auskünfte über Patienten auszutauschen. Allein diese Gewohnheit ist mit der Berufsgeheimhaltungspflicht des Art. 321 StGB unvereinbar, so daß die ärztliche Schweigepflicht bei Begutachtungen grundsätzlich auch unter Berufskollegen gilt. Zwei neuere Gerichtsentscheide befaßten sich mit diesem Problem⁵⁶. Dabei wurde zwar die Notwendigkeit eines Austausches von Krankengeschichten unter Ärzten anerkannt, sofern dies für die Behandlung des Patienten notwendig ist; die Edition von ärztlichen Aufzeichnungen ist in

⁵⁶ BGE 75 IV 71 ff. und Entscheid des O. Ger. Bern, vgl. dazu SAeZ 1952 p. 166 ff.; ferner J. Wyrsch, SAeZ 1952 p. 411 ff. und BGE 80 I 1 ff., dazu SAeZ 1954 p. 131 ff.

einem solchen Fall auch erlaubt, weil es die Berufspflicht des Arztes (StGB 32) erfordert. Für Sachverständigenberichte aber, welche nicht die Heilung, sondern die Begutachtung des Exploranden im Auftrag von dritter Seite bezwecken, ist das Berufsgeheimnis gemäß StGB 321 zu wahren. Der zitierte Berner Entscheid führt dazu wörtlich aus (vgl. SAeZ 1952 p. 168):

«Der Arzt hat in allererster Linie dem Kranken, welcher ihn aufsucht, nach besten Kräften zu helfen. Interessen von Drittpersonen oder öffentliche Interessen darf er dabei nur dann berücksichtigen, wenn diejenigen seines Patienten daneben von völlig untergeordneter Bedeutung erscheinen, oder wenn ihm das Gesetz dies ausdrücklich erlaubt oder gebietet. In allen Fällen, wo sich Schwierigkeiten ergeben, weil der Berechtigte die Einwilligung zur Aushändigung der Krankengeschichte an andere Psychiater nicht geben will und diese Aushändigung andererseits im dringenden Interesse von Dritten oder im öffentlichen Interesse als unumgänglich notwendig erscheint, besteht zudem immer noch die Möglichkeit, die kantonale Sanitätsdirektion als Aufsichtsbehörde um ihre schriftliche Zustimmung zu ersuchen und damit gemäß Art. 321 Ziff. 2 StGB eine Bestrafung wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses auszuschließen. Ohne sehr wichtige Gründe sollte allerdings diese Zustimmung nicht erteilt werden, wenn anders das Arztgeheimnis nicht gerade beim Psychiater, wo es praktisch die weit-aus größte Rolle spielt, teilweise illusorisch werden soll.»

Die beiden erwähnten Entscheide haben vor allem in Ärztekreisen zu manchen Diskussionen Anlaß gegeben, da man während Jahrzehnten daran gewöhnt war, Krankengeschichten und andere Auskünfte über Patienten unter Berufskollegen auszutauschen, ohne je wegen Verletzung der Berufsgeheimhaltungspflicht angeklagt und verurteilt zu werden. Die kantonalzürcherischen Heilanstalten Burg-hölzli und Rheinau verlangen deshalb neuerdings, daß zusammen mit dem Begutachtungsauftrag der Explorand die ausdrückliche Ermächtigung abzugeben hat, daß auch frühere ärztliche Erfahrungen zur Ausfertigung eines Gutachtens verwendet werden können. Die Instruktionen lauten (siehe Beispiel auf folgender Seite):

AN DIE AUFTRAGGEBER
UNSERER PSYCHIATRISCHEN GUTACHTEN

Auf Grund neuer Gerichtsentscheide muß es jetzt als strafbar betrachtet werden, wenn ein Arzt einem Kollegen irgendwelche Mitteilungen zum Zwecke der Begutachtung über einen Patienten macht, ohne von diesem ausdrücklich vom ärztlichen Geheimnis entbunden worden zu sein. Demnach wäre es nunmehr auch strafbar, wenn wir über einen Exploranden, den wir psychiatrisch zu begutachten haben, Krankengeschichten von Anstalten oder Berichte von Ärzten, die den Exploranden früher behandelt haben, beiziehen würden, ohne daß der Explorand sich damit einverstanden erklärt und die in Betracht kommenden Ärzte vom ärztlichen Geheimnis entbindet. Wir sind nun aber der Auffassung, daß es für eine psychiatrische Begutachtung fast immer völlig unerläßlich ist, die Erfahrungen der früheren Ärzte, die den Exploranden schon in Behandlung gehabt haben, zu kennen; ohne diese Grundlage ist eine einigermaßen zuverlässige Beurteilung gerade in psychiatrischen Belangen in der Regel unmöglich. Wir müßten deshalb die Begutachtung eines Exploranden prinzipiell ablehnen, wenn dieser sich weigert, die Ärzte, die ihn früher behandelt haben, dem Begutachter gegenüber vom ärztlichen Geheimnis zu entbinden, sofern der Explorand für seine Stellungnahme zu dieser Frage als urteilsfähig betrachtet werden muß. Es liegt nun im allseitigen Interesse, unnütze Anstaltsaufnahmen von Exploranden zu vermeiden, die an der erwähnten Weigerung festhalten sollten und deren Begutachtung wir deshalb grundsätzlich ablehnen müßten. Deshalb möchten wir Sie um die Freundlichkeit ersuchen, in Zukunft sich vom Exploranden beiliegende Erklärung unterzeichnen zu lassen, die folgenden Wortlaut hat:

Der/Die Unterzeichnete wünscht, daß die früheren ärztlichen Erfahrungen über ihn/sie zur Ausfertigung eines Gutachtens an

verwendet werden. Er/Sie entbindet die in Frage kommenden Ärzte zu diesem Zwecke des Arztgeheimnisses.

Datum: _____ Unterschrift: _____

Es dürfte am einfachsten sein, wenn Sie jeweiligen Ihrem Gutachten-Auftrag diese vom Exploranden unterschriebene Erklärung beilegen. Abgesehen davon, daß durch dieses Vorgehen unnötige Transporte von Exploranden, deren Begutachtung wir nicht durchführen könnten, vermieden werden, ist es auch aus psychologischen Gründen viel zweckmäßiger, wenn der Explorand Ihnen und nicht erst uns die erwähnte Erklärung unterzeichnet.

Wir bedauern, Sie mit dieser Angelegenheit belästigen zu müssen und danken Ihnen verbindlich für Ihre Bemühungen.

*Mit vorzüglicher Hochachtung
Die Direktionen der Heilanstalt Burghölzli und
der Heil- und Pflegeanstalt Rheinau*

Burghölzli und Rheinau, den

Die Edition von Krankengeschichten

§ 1 DIE KRANKENGESCHICHTE

Das heute noch geltende Zürcher Gesetz betreffend das Medizinalwesen vom 2. Oktober 1854 bestimmt in

§ 13: Ärzte, welche ihre Arzneiverordnungen zur Anfertigung in einer öffentlichen Apotheke abgeben, sind verpflichtet, ein Tagebuch zu führen, in welchem die Namen der Kranken sowie das Datum der ärztlichen Raterteilung und der Krankenbesuche eingetragen sind.

§ 14b: Ärzte, welche die Arzneien selbst verabreichen, sind verpflichtet, ein Tagebuch zu führen, in welches ihre Verordnungen genau und vollständig eingetragen sind.

Das Gesetz spricht von einem Tagebuch, in dem mindestens jene Angaben enthalten sein müssen, welche ein nachträgliches Rekonstruieren eines Krankheitsfalles ermöglichen und über die verabreichten Medikamente jederzeit Aufschluß geben können. Ob man bei diesen Mindestanforderungen, welche das Medizinalgesetz an den Arzt stellt, bereits von einer Krankengeschichte, wenn auch in reduzierter Form, sprechen kann, bleibe dahingestellt. Es soll auch nicht versucht werden, den Begriff der Krankengeschichte zu definieren; sofern überhaupt eine geschrieben wird, wird sie von jedem Arzt verschieden gestaltet und paßt sich ganz dem individuellen Falle an.

Eigentliche Vorschriften zur Führung einer Krankengeschichte finden sich häufig (siehe hinten), auch wenn sie in den einzelnen kantonalen Bestimmungen sehr oft nur an Stellen von untergeordneter Bedeutung zutage treten. Hauptzweck ist, den Arzt zu verpflichten, ein ordentliches Journal zu führen, das jederzeit über die verantwortliche Tätigkeit der Berufsperson Auskunft geben kann. Vielenorts sind sogar Strafbestimmungen vorgesehen, so daß der Arzt wegen mangelnder Führung des Tagebuches bestraft werden kann, jedoch nur dann, wenn die in verwaltungsrechtlichen Bestimmungen vorgeschriebenen Mindestaufzeichnungen unterlassen oder unordentlich gemacht wurden¹. Dagegen macht sich der Arzt nicht

¹ Vgl. Entscheid des zürch. Bez.-Ger. v. 8. Sept. 1943, zit. in SAeZ 1943 p. 527 ff.

strafbar, wenn er es unterläßt, ausführlich über einen Krankheitsfall zu berichten, ja selbst nicht einmal dann, wenn keine Diagnose genannt wird, da die meisten Bestimmungen über ärztliche Aufzeichnungen lediglich eine Kontrolle über die verabreichten Arzneien bezwecken wollen.

Das Auftragsverhältnis zwischen Arzt und Patient verpflichtet den Arzt u.a. zur sorgfältigen und getreuen Ausführung des Auftrags sowie zur Rechenschaftsablegung über seine gesamte, im Interesse des Mandanten liegende Tätigkeit. Wie er dabei zu Werke geht, hängt nicht nur von der individuellen Fähigkeit der Berufsperson, sondern auch von dem zu begutachtenden und zu behandelnden Krankheitsfall ab. Bei einer harmlosen Erkrankung an Grippe wird sich wohl jeder Arzt mit den im Zürcher Medizinalgesetz geforderten knappen Aufzeichnungen begnügen, um sich trotzdem noch nach Jahren wieder erinnern zu können, daß X. Y. bei ihm zu einer bestimmten Zeit wegen Grippe in Behandlung war. In komplizierteren Fällen und besonders bei psychiatrischen Behandlungen wird der Arzt aber kaum ohne detaillierte Aufzeichnung der verschiedenen Begebenheiten aus dem Leben und der Krankheit seines Patienten auskommen können. Die allgemeine ärztliche Sorgfaltspflicht verlangt eine ausführlichere Krankengeschichte als sie das Gesetz vorschreibt², jedoch nur soweit, als sie für die Behandlung und die Rekonstruktion des einzelnen Falles notwendig ist; es sei denn, der Arzt selbst habe ein eigenes Interesse, aus persönlichen Gründen oder aus wissenschaftlichen Motiven die Krankengeschichte zu vervollständigen. In der Praxis aber wird der Arzt jeweils nur soviel aufzeichnen, als er selbst in casu als notwendig erachtet.

Krankengeschichten werden meistens zur eigenen Gedächtnisstütze geschrieben. Der Arzt will sich durch seine Selbstaufzeichnungen jederzeit über den Stand der Behandlung seiner Patienten orientieren, um auf Grund der bisherigen Ergebnisse Neues beschließen zu können. In Spitälern, wo jede Woche oft Hunderte von Krankheitsfällen zur Behandlung kommen, wäre es unmöglich, ohne genaue Aufzeichnungen den vielen Patienten jene Sorgfaltspflicht angedeihen zu lassen, welche nicht nur das Gesetz, sondern auch die ethische Berufsauffassung des Arztes vorschreibt. Deshalb bestehen auch für die einzelnen Krankenanstalten besondere Vorschriften über das Führen und Archivieren von Krankengeschichten.

Oft wird von Gerichten und Versicherungen gefordert, daß der

² BIZR 1945 Nr. 160.

Arzt seine Krankengeschichte verständlich, genau und ausführlich zu schreiben habe, um später die einwandfreie Rekonstruktion des Krankheits- oder Unfalles, nicht nur durch den behandelnden Arzt als Verfasser, sondern auch durch einen dritten Sachverständigen zu ermöglichen. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, daß Krankengeschichten keine Gutachten in gerichtlichem oder versicherungstechnischem Sinne sind. Wohl ist es verständlich, daß Versicherungen und Gerichte großes Interesse haben, daß sie vor allem bei Auseinandersetzungen auf genaue Aufzeichnungen schon über die ersten ärztlichen Untersuchungen und Feststellungen zurückgreifen können, um daraus rechtlich erhebliche Tatsachen abzuleiten oder gar zu beweisen. Krankenkassen und Versicherungen haben dazu ihre eigenen Kranken- und Unfallscheine, welche dem Arzt durch bestimmte Fragestellung genau vorschreiben, wie er in concreto seine zweite Krankengeschichte für die Versicherung verfassen muß³. Die erste und letzte Aufgabe des Arztes besteht aber im Heilen und Verhüten von Krankheiten. Jede zusätzliche Schreibarbeit bedeutet für den Arzt eine unerwünschte zeitliche Belastung, die zudem in den seltensten Fällen besonders honoriert wird. Mit Ausnahme der in einzelnen Kantonen verlangten Mindestaufzeichnungen ist der Arzt somit nicht verpflichtet, eine reduzierte oder ausführliche Krankengeschichte zu schreiben. Es ist ihm überlassen, den vom Patienten übernommenen Auftrag auch ohne Krankengeschichte zu erfüllen, sofern ihm das der vorliegende Krankheits- oder Unfall gestattet. Allerdings darf der Arzt auch nie vergessen, daß er aus irgendeinem Grunde veranlaßt werden kann, zu einem späteren Zeitpunkt über frühere Krankheitsfälle Auskunft zu geben oder sogar vor Gericht Zeugnis abzulegen.

Die meisten Ärzte führen heutzutage Patientenkarten, die vor allem die Personalien des Kranken festhalten. Ob sie daneben auch Aufzeichnungen über die Anamnese in die Krankengeschichte aufnehmen wollen, richtet sich stets nach dem vorliegenden Fall sowie nach der Gründlichkeit der Untersuchung. Obwohl die Sozialversicherung eine gewisse Gefahr bedeutet, die individuelle Behandlung des Kranken durch oberflächliche und schematische Heilmethoden zu verdrängen, darf doch grundsätzlich von jedem Arzt verlangt oder angenommen werden, daß er sich über frühere Krankheiten des Patienten, über die Natur der zu behandelnden Erkrankung so-

³ Vgl. darüber Gelpke/Schlatter: 1. Aufl. Bern 1915 p. 55 ff., 2. Aufl. Bern 1930 p. 67 ff.

wie über die Person und die Lebensweise des Exploranden erkundigt und dabei besonders wichtige Tatsachen in einer Krankengeschichte festhält. Häufig ist es nötig, daß die ärztliche Untersuchung sich auch auf die Familienanamnese erstreckt, welche oft wichtige Anhaltspunkte über die Krankheitsursache sowie über den Krankheitsverlauf ergeben kann. Bestandteil einer gewissenhaft geführten Krankengeschichte ist ferner der Untersuchungsbefund. Dieser beschränkt sich nicht nur auf eigene Feststellungen des Arztes, wie zum Beispiel über Aussehen, Zustand und Körperbau des Patienten, über Messungen sowie über die Beschaffenheit des erkrankten oder verletzten Körperteils. In wichtigen Fällen erstreckt sich der Befund auch auf weitere Untersuchungen der innern Organe, z. B. Röntgenaufnahmen, Elektrokardiogramm, Blutbild, Urinuntersuchung usw. Es liegt dabei in der Sorgfaltspflicht des Arztes, daß er über solche Untersuchungen genaue Protokolle führt, auch wenn diese von fremden Laboratorien oder von anderen Ärzten (z. B. spezielle Röntgenärzte) durchgeführt werden. Der Arzt hat auf Verlangen jederzeit dem Patienten oder bei Arztwechsel auch seinem nachfolgenden Berufskollegen den gesamten, im Interesse der Behandlung liegenden Untersuchungsbefund mitzuteilen, damit aus zeitlichen und finanziellen Gründen nicht zweimal die gleiche Arbeit geleistet wird, welche zudem für den Patienten oft schmerzhaft und unangenehm sein kann (man denke z. B. an die Lumbal-Punktion als diagnostische Maßnahme).

Bei versicherten Unfällen und Krankheiten hat der Arzt in der Regel einen Schlußbericht (evtl. auch einen Zwischenbericht) zu erstatten, in welchem der Ablauf des Heilverfahrens geschildert und eventuell ein dauernder Nachteil oder die Heilung bzw. Besserung des Leidens bezeugt werden muß. Aber auch in privater Behandlung hat der Arzt kontinuierlich seine Krankengeschichte weiterzuführen, nicht nur um die im Zürcher Medizinalgesetz verlangte Raterteilung, Krankenbesuche und Arzneien aufzuzeichnen, sondern auch um weitere therapeutische Maßnahmen wie Bestrahlung, Badekuren, erneute Röntgenaufnahmen usw. festzuhalten. Daß den ärztlichen Aufzeichnungen auch nach der Behandlung große Bedeutung zugemessen wird, zeigen zwei verwaltungsrechtliche Vorschriften aus dem Kanton Zürich, die zum Teil sehr lange Aufbewahrungsfristen verlangen.

1. Regl. für die Ärzte an den kantonalen Kranken- und Heilanstalten vom 29. Juni 1950:

§ 33: Über jeden Kranken ist eine Krankengeschichte zu führen, deren Umfang der leitende Arzt bestimmt.

Die Krankengeschichte mit Einschluß der Beilagen und Röntgenbilder bleiben Eigentum des Spitals. Sie sind mindestens während 30 Jahren aufzubewahren.

2. VO über die Ärzte vom 20. November 1952:

§ 4: Die Ärzte haben die Aufzeichnungen über ihre Patienten mit den dazu gehörenden Belegen während mindestens zehn Jahren aufzubewahren.

Beim Tode des Praxisinhabers sind die Aufzeichnungen und Belege dem Nachfolger zu übergeben.

Wird die Praxis nicht von einem anderen Arzt übernommen, so sind die Aufzeichnungen und Belege bis zum Ablauf der Aufbewahrungsfrist dem Gerichtlich-Medizinischen Institut der Universität Zürich in Verwahrung zu geben.

Die im zitierten § 4 der Zürcher Ärzteverordnung genannten «Aufzeichnungen» und «Belege» beziehen sich jedoch gemäß BGE 79 I 127 ff. lediglich auf die in den §§ 13 und 14 lit. b des zürcherischen Gesetzes betr. das Medizinalwesen vom 2. Oktober 1854 geforderten wenigen Angaben (vgl. vorne), da die Ärzteverordnung als bloße Vollziehungsverordnung nicht implicite als neues Recht von Ärzten die sonst nirgends expressis verbis vorgesehene Führung von Krankengeschichten im eigentlichen Sinne des Wortes verlangen kann. Demnach haben auch die Vorschriften betr. Aufbewahrung und Übergabe für die vom behandelnden Privatarzt freiwillig geführten Krankengeschichten keine Geltung. Es würde auch der durch das Bundesrecht geforderten Berufsgeheimhaltungspflicht widersprechen, sollten die von Arzt zu Arzt verschieden ausführlich geführten Krankengeschichten nach dem Tode des Praxisinhabers einem Nachfolger oder einer Verwaltungsbehörde ausgehändigt werden. Eine solche weitgehende Maßnahme, wie sie in § 4 der erwähnten Ärzteverordnung vorgesehen ist, kann sinngemäß und rechtlich nur für die wenigen durch das Medizinalgesetz geforderten Angaben über Namen des Kranken, Datum der ärztlichen Raterteilung sowie über Arzneiverordnungen Geltung haben, niemals aber für eigentliche Krankengeschichten und Belege des behandelnden Arztes.

Unter den privaten, freiwilligen und nicht den Bestimmungen der §§ 13 und 14 lit. b des zürcherischen Medizinalgesetzes bzw. § 4 der Ärzteverordnung des Kantons Zürich unterworfenen, zur Krankengeschichte gehörenden Belegen sind Röntgenaufnahmen, Abdrücke, spezielle Untersuchungsberichte, Laboratoriumsbefunde, Elektrokardiogramme, Elektroencephalogramme u. a. m. zu verstehen, die als nähere, erläuternde oder ergänzende Bestandteile zu betrachten sind. Dagegen gehören Rechnungen zur ärztlichen Buchhaltung

und nicht in die Krankengeschichte, obwohl dieser in der Regel etliche Angaben entnommen werden, welche zur Rechnungsstellung notwendig sind. Oft werden dem Arzt vom Patienten oder von Drittpersonen Akten übergeben, welche mit seiner ärztlichen Tätigkeit in direktem oder indirektem Zusammenhang stehen. Über solche Papiere oder Gegenstände kann der Arzt in der Regel nicht verfügen und hat sie dem Eigentümer auf Verlangen auszuhändigen. Fremde Akten gehören deshalb grundsätzlich nicht in die Krankengeschichte des Arztes, sondern sind getrennt aufzubewahren. Nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, können Kopien angefertigt und als weitere Belege der Krankengeschichte beigeordnet werden. Auf alle Fälle ist stets der Arzt sowohl für seine Krankengeschichte als auch für alle ihm übergebenen Akten verantwortlich und darf diese nicht vernichten⁴.

§ 2 DIE KRANKENGESCHICHTE ALS URKUNDE

Die Legaldefinition der Urkunde in Artikel 110 Ziffer 5 des schweizerischen Strafgesetzbuches lautet:

Urkunden sind Schriften, die bestimmt oder geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.

Die Urkunde verkörpert demnach rechtserhebliche Tatsachen, die in concreto durch die Schrift bewiesen werden. Nicht jedes schriftlich niedergelegte Wort besitzt aber Urkundenqualität⁵. Oft ist nur ein einziger Satz eines Briefes, einer Abhandlung oder sonst einer umfangreichen Schrift geeignet, eine rechtlich bedeutsame Tatsache zu beweisen. Häufig wird eine Schrift auch erst dann zur Urkunde, wenn sie im Einzelfall geeignet ist und verwertet wird, um die Rechtserheblichkeit einer bestimmten Tatsache darzutun. So enthalten zum Beispiel Krankengeschichten in der Regel a priori keinen rechtlich bedeutsamen Tatbestand. Der Arzt als Verfasser schreibt die Krankengeschichte, ohne daran zu denken, daß seine Aufzeichnungen über den Patienten einmal als Beweis einer rechtlich bedeutungsvollen Tatsache gebraucht werden können. Erst durch Zufall kann es geschehen, daß später ein streitiger Tatbestand

⁴ Vgl. dazu einen Entscheid des O.-Ger. Zürich v. 19. Oktober 1951, zit. in SAeZ 1952 p. 95.

⁵ Dazu Guldener 294 ff., Schwander 338 ff., Ammann 1 ff., Hürlimann 55 ff., Kaufmann 12 ff.

durch die Schrift des Arztes bewiesen werden kann, so daß die Krankengeschichte bzw. deren Inhalt plötzlich zur wichtigen Beweisurkunde wird. Dabei ist es aber erforderlich, daß die Aufzeichnungen des Arztes inhaltlich dem seinerzeitigen Sachverhalt wirklich entsprechen. Auch wenn die Krankengeschichte Unwahrheiten enthält, kann ihr Verfasser nicht wegen Falschbeurkundung (vgl. StGB 251, 317, 318) bestraft werden, es sei denn, er habe sie erst dann geändert, als sie bereits zum Beweise einer rechtserheblichen Tatsache herangezogen und somit zur Urkunde erhoben wurde⁶. Die Schrift als solche beweist ja nicht die Wahrheit ihres Inhalts, sondern sie schafft Beweis für die im Zeitpunkt der Ausstellung schriftlich niedergelegten Gedanken. Zeugt die Schrift von einer Unwahrheit, so ist sie von vorneherein nicht geeignet, eine rechtlich relevante Tatsache zu beweisen und besitzt demnach keinen Urkundencharakter. Unwahre Krankengeschichten und Notizen sind somit wegen mangelnder Beweiseignung keine Urkunden; ihr Aussteller, welcher absichtlich oder unabsichtlich falsche Angaben niederschrieb (z. B. unrichtige Diagnose) macht sich keiner Falschbeurkundung schuldig. Ebensowenig wie jede mündliche Lüge, steht auch jede schriftliche Lüge nicht unbedingt unter Strafe⁷.

Krankengeschichten sind Urkunden sowohl in strafrechtlichem als auch in prozeßrechtlichem Sinn. Sie verkörpern einen durch den Arzt geäußerten Gedanken, der in concreto geeignet sein kann, eine rechtlich erhebliche Tatsache zu beweisen. Der rechtlich bedeutsame Sachverhalt ergibt sich aus dem Einzelfall; folglich wird die Krankengeschichte nur in casu zur Urkunde: dann nämlich, wenn sie nach den gegebenen Umständen zum direkten oder indirekten (Indizien) Beweis der Entstehung, Veränderung, Aufhebung oder Feststellung eines Rechtes geeignet ist^{7a}. Es ist dabei irrelevant, was durch die Krankengeschichte bewiesen werden soll; Voraussetzung ist, daß die in ihr verkörperte Erklärung im Zeitpunkt der Ausstellung abgegeben wurde⁸.

Eine interessante Argumentation über den Begriff der Urkunde zeigt auch ein Urteil der 5. Strafkammer des deutschen Bundesgerichtshofes vom 3. Juli 1952⁹. Demnach können nur «verkörperte

⁶ Schwander 336.

⁷ Dazu Haefliger 41 ff., ferner BGE 72 IV 71 ff., 72 IV 139.

^{7a} Dazu Haefliger 29 ff. ⁸ Brodmann 429 ff.

⁹ Vgl. Entscheidungen des Westdeutschen Bundesgerichtshofes in Strafsachen 1952 3. Band p. 82 ff.

Erklärungen, die vermöge ihres gedanklichen Inhaltes dazu bestimmt sind, im Rechtsleben eine Tatsache zu beweisen und ihren Aussteller erkennen lassen», als Urkunden betrachtet werden. Eine Erklärung liegt dabei nur dann vor, wenn das Schriftstück zur Kenntnisnahme durch einen Dritten bestimmt ist. Notizen, wie sie auch der Arzt als Selbstaufzeichnungen in Form ärztlicher Handakten oder Krankengeschichten niederschreibt, «können nicht schon dadurch zur Urkunde werden, weil sie ein Dritter zum Beweise für irgendeine Tatsache bestimmt». Vielmehr ist hierzu erforderlich, «daß der Hersteller selbst sich der Notizen durch Übergabe entäußert und dadurch zum Ausdruck bringt, der Inhalt der Notizen sei wahr». Erst wenn Selbstaufzeichnungen nach außen hin zugänglich gemacht werden, verkörpern sie eine Erklärung gegenüber Dritten und erhalten somit Urkundencharakter. Notizen werden aber auch dann zu Urkunden, wenn irgendeine bindende Vorschrift deren Aufbewahrung verlangt. (Vgl. Kanton Zürich: Regl. für die Ärzte an den kant. Kranken- und Heilanstalten v. 29.6.50 § 33: Verpflichtung zur Aufbewahrung von ärztlichen Aufzeichnungen, Beilagen und Röntgenbildern während 30 Jahren.) Dadurch wird von Gesetzes wegen anerkannt, daß ihr Inhalt Tatsachen enthält, welche zum Beweise eines rechtserheblichen Sachverhaltes geeignet sind, so daß das Schriftstück nicht vernichtet werden darf, sondern als Urkunde aufbewahrt werden muß. Der Verfasser der Krankengeschichte fertigt somit beim Bestehen einer solchen Vorschrift seine Selbstaufzeichnungen im Bewußtsein an, daß sie anderen zugänglich sein müssen, womit der, nach deutscher Auffassung erforderliche Erklärungswille zum Ausdruck kommt.

§ 3 DIE BEWEISKRAFT DER KRANKENGESCHICHTE

Es ist unbestritten, daß die Urkunde als Beweismittel große Bedeutung hat, auch wenn sie im Vergleich zu dem für den Richter sinnlich unmittelbar wahrnehmbaren Augenscheinsobjekt, gegenüber dem Prinzip der absoluten Wahrheitserforschung weniger gerecht wird. Selbst die mündliche Zeugenaussage wirkt vor Gericht unmittelbarer auf die richterliche Urteilsbildung; kann doch der Zeuge durch gleichzeitige Schilderung verschiedener Nebenumstände sowie durch mündlich vorgebrachte Zusatzerklärungen dem Richter ein lebendigeres Bild der zu beweisenden Tatsachen vor Augen hal-

ten, das gegenüber dem in der Schrift, der Zeichnung u.a.m. erstarrten Gedanken viel eindrücklicher wirkt. Sowohl durch Zeugenaussagen als auch durch Urkunden werden Gedankenäußerungen aus ihrer Abstraktion hervorgebracht. In beiden Fällen muß der Richter den in der viva vox oder in der mortua vox inhaltlich verkörperten Gedanken erfassen und als Beweis zulassen und würdigen oder dann ablehnen. Die in einer Urkunde dauernd festgelegten Angaben übertreffen dagegen in der Regel als Beweismittel die mündlich, durch Zeugenaussagen reproduzierten Gedankenäußerungen in bezug auf Zuverlässigkeit. Die Dauerhaftigkeit und der kurze zeitliche Intervall zwischen abstrakter Überlegung und konkreter, dauernd unveränderlicher Fixierung der Gedanken bedingen die Zuverlässigkeit des Urkundenbeweises, auch wenn die mündliche Zeugenaussage lebendiger wirkt, dafür aber durch subjektive und objektive Beeinflussung, vor allem aber auch durch zeitlich bedingte Veränderungen der zu erforschenden Wahrheit weniger dient¹⁰.

Krankengeschichten sind sehr individuelle Aufzeichnungen. Es gibt Ärzte, welche sich lediglich damit begnügen, den Namen des Patienten sowie das Datum der ärztlichen Raterteilung und der Krankenbesuche irgendwo aufzuschreiben. Andere wiederum notieren jedes mit der Krankheit oder dem Unfall in Zusammenhang stehende Detail. Wer außer dem Arzt soll demnach wissen, ob die Krankengeschichte in concreto als Beweismittel tauglich ist? Allgemein kann und soll angenommen werden, daß der gewissenhafte Mediziner, wenn auch nur zum Zweck eigener Gedächtnisstütze, eine Krankengeschichte schreibt. Es ist aber in jedem einzelnen Falle Sache des Gerichts, festzustellen, ob einer Krankengeschichte in casu Beweiskraft zugesprochen werden kann, oder ob sie schlechthin als untaugliches Beweismittel zu betrachten ist¹¹.

Besonders bei komplizierten Fällen und vor allem bei psychiatrischen Begutachtungen wird der Arzt alles aufschreiben müssen, was unter Umständen zur Beurteilung der Krankheit nützlich sein oder werden könnte¹². Oft ist es dabei unmöglich und auch nicht Aufgabe des Arztes, die Angaben des Kranken oder Mitteilungen von Drittpersonen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, so daß die Krankengeschichte nicht unbedingt den Anspruch auf Wahrheit

¹⁰ Hürlimann 44.

¹¹ Vgl. St. Gallen: O.-Ger.-Entscheid, II. Zivilkammer v. 23. Juni 1939, zitiert in SAeZ 1943 p. 321.

¹² Dazu Bleuler, ZUK 1924 p. 267 ff., W. Maier, ZUK 1924 p. 268 ff.

und Vollständigkeit der geschilderten Tatsachen erheben kann. Vor allem in Krankenhäusern werden Krankengeschichten nicht immer vom selben Arzte geführt. Oft sind es verschiedene Assistenten, die vielleicht unzutreffende Beurteilungen niederschreiben, welche später dem Richter einen falschen Eindruck vom wirklichen Sachverhalt erwecken können.

Krankengeschichten werden als fachtechnische Handakten und nicht als Beweismittel geschrieben. Ihr Inhalt ist deshalb in vielen Fällen dem Richter unverständlich und könnte höchstens von einem gerichtlich bezeichneten medizinischen Sachverständigen richtig interpretiert werden. Zudem schildert die Aufzeichnung des Arztes oft nicht einen zusammenhängenden Krankheitsverlauf, so daß der Richter vielleicht vieles nicht verstehen oder sogar mißverstehen könnte.

Trotzdem wird aber in der Gerichtspraxis die Krankengeschichte relativ häufig als Beweismittel herangezogen. Neben Verantwortungs- und Honorarstreitigkeiten ist es vor allem der Versicherungsprozeß, welcher auf Angaben von Krankengeschichten angewiesen ist. Sofern der Arzt zum mündlichen Zeugnis angehalten werden kann, so ist diesem Beweismittel aber der Vorzug zu geben. Oft ist es jedoch gar nicht möglich, daß sich der Arzt allein auf Grund seines ohnehin überlasteten Gedächtnisses an sämtliche Einzelheiten eines bestimmten Falles erinnern kann, so daß er auf die in der Krankengeschichte enthaltenen Angaben zurückgreifen muß. Spielen für den Beweis genaue Daten eine besondere Rolle (z. B. für die Abklärung eines Unfallereignisses), so gibt die Krankengeschichte für die im Zeitpunkt der Behandlung aufgezeichneten Feststellungen wohl die zweckmäßigste Auskunft. Oft sind für die Abklärung eines rechtserheblichen Tatbestandes im Prozeß die kleinsten Details von größter Wichtigkeit, so daß es in dieser Hinsicht sehr wünschenswert ist, daß der Arzt schon beim ersten Eingreifen über seinen Untersuchungsbefund in der Krankengeschichte genaue Angaben macht. Allein, der Arzt verpflichtet sich gegenüber dem Patienten nicht, eine Krankengeschichte zu schreiben. Man könnte wohl den Einwand erheben, daß eine genaue Beschreibung des Krankheitsverlaufes im Interesse des Patienten liegt und somit Bestandteil der durch den Arzt übernommenen Sorgfaltspflicht (OR 398) bildet. Da der Arzt gegenüber dem Patienten auch jederzeit zur Rechenschaftsablegung verpflichtet ist (OR 400), könnte man annehmen, daß Krankengeschichten für die Erfüllung des mit der Behandlung übernommenen Auftrags unerläßlich sind. Es liegt jedoch stets im individuellen Ermessen des

Arztes, für seine Patienten zusätzlich noch eine Krankengeschichte zu schreiben; das Gesetz verpflichtet ihn dazu nicht speziell¹³.

Der Richter kann demnach stets nur ganz allgemein vermuten, daß über einen bestimmten Krankheitsfall eine Krankengeschichte vorhanden ist. Noch viel ungewisser ist die Annahme, daß die vorhandenen Aufzeichnungen Feststellungen enthalten, welche dazu geeignet sind, in concreto eine rechtlich erhebliche Tatsache zu beweisen. Über den Inhalt einer Krankengeschichte kann nur deren Verfasser, der Arzt Auskunft geben; nur er weiß im einzelnen, was sie tatsächlich enthält und ob bestimmte Angaben für den zu erbringenden Beweis von Nutzen sind. Warum soll man deshalb den Arzt vor Gericht nicht mündlich anhören, wobei er sich bei seinen Aussagen mit den in der Krankengeschichte gemachten Aufzeichnungen behelfen könnte¹⁴? Krankengeschichten dienen vor allem als persönliche Gedächtnisstützen für ihren Verfasser und sind nicht mit der erforderlichen Sorgfalt geschrieben worden, um als rechtlich gültiges Beweismittel dienen zu können. Ihr Inhalt ist vielleicht geeignet, dem Arzte die tatsächlichen Begebenheiten wieder in Erinnerung zu rufen; dem Richter aber kann er in vielen Fällen nur mittelbar helfen, die Wahrheit eines rechtserheblichen Sachverhaltes zu finden, wobei jedoch stets die Gefahr besteht, den Inhalt einer Krankengeschichte mißzuverstehen.

§ 4 DIE EDITION VON KRANKENGESCHICHTEN

I. Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch

Der Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses erstreckt sich nicht nur auf Tatsachen, welche im Gedächtnis des Arztes verborgen sind. Oft wird das anvertraute oder wahrgenommene Geheimnis in Briefen, Krankengeschichten, Röntgenaufnahmen oder Untersuchungsprotokollen verkörpert und ist deshalb noch viel schutzbedürftiger als das im Innenleben der Berufsperson verborgene Berufsgeheimnis, weil es als Sachobjekt von außen her viel leichter zugänglich ist. Der

¹³ Vgl. Zürich: Med. Ges. § 13, 14b; VO über die Ärzte § 4; BIZR 1945 Nr.160.

¹⁴ Die Benützung schriftlicher Aufzeichnungen bei der Zeugenaussage bedarf allerdings der Zustimmung des Gerichtes; vgl. Zürich ZPO 199:

«Bei Beantwortung der an sie gerichteten Fragen dürfen sich die Zeugen keiner schriftlichen Aufzeichnungen bedienen. Vorbehalten bleiben die Fälle, in denen das Gericht behufs Angabe von Zahlen, Zeitbestimmungen u.dgl. eine Ausnahme gestattet.»

Arzt hat grundsätzlich über alles zu schweigen, was er bei seiner Berufsausübung erfahren hat, wobei es gleichgültig ist, in was für einer Form das Arztgeheimnis gewahrt bleibt. Andererseits kann die Berufsgeheimhaltungspflicht auch auf viele Arten verletzt werden; der strafbare Tatbestand ist erfüllt, sobald die geheimzuhaltende Tatsache auf irgendeine Art rechtswidrig offenbart wird, so daß dadurch fremde Interessen verletzt oder gefährdet werden. Diese extensive Umschreibung der Geheimnisoffenbarung wurde auch vom Bundesgericht anerkannt, wenn es in BGE 75 IV 74 sagt: «Der Begriff des Offenbarens im Sinne von Art. 321 StGB umfaßt jede Art der Bekanntgabe des Geheimnisses, insbesondere die mündliche oder schriftliche Mitteilung und die Aushändigung von schriftlichen oder anderen Sachen, die das Geheimnis verraten.»

Oft wird der Arzt vom Patienten, von Berufskollegen oder Behörden, vor allem aber von Krankenkassen und Versicherungen aufgefordert, nicht nur über Tatsachen seiner ärztlichen Berufstätigkeit mündlich Auskunft zu geben, sondern auch Krankengeschichten und andere Akten in Original oder Kopie auszuhändigen. Ein solches Ersuchen hat der Arzt unter Berufung auf seine Berufsgeheimhaltungspflicht grundsätzlich abzulehnen, es sei denn, es bestehen für ihn die in Art. 321 Ziff. 2 StGB genannten Strafausschließungsgründe (Einwilligung des Individualberechtigten bzw. der vorgesetzten Behörde), oder die Geheimnisoffenbarung läßt sich durch Notstand (StGB 34) oder durch eine zwingende Berufspflicht (StGB 32) rechtfertigen. Fehlen diese Voraussetzungen, so besteht, mit Ausnahme der in Art. 321 Ziff. 3 StGB vorbehaltenen eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde, für den Arzt ein absolutes Schweigegebot.

Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch von ärztlichen Handakten muß sich auf ein rechtliches Interesse stützen können. Ein solches kann vorliegen 1. bei dinglichem oder persönlichem Recht an den, das Geheimnis verkörpernden Sachen oder 2. auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem die Edition Begehrenden. Beide Voraussetzungen können bei Schriftstücken oder anderen Gegenständen, welche ein unter die ärztliche Schweigepflicht fallendes Geheimnis verkörpern, festgestellt werden.

1. Ist die Krankengeschichte vom Arzt selbst verfaßt worden, so ist sie in der Regel sein Eigentum. Bei Vertrauensärzten von Kran-

kenkassen und Versicherungen sowie bei Spitalärzten geht dabei das Eigentum meistens an die betreffende Anstalt über, in deren Auftrags- oder Anstellungsverhältnis der Mediziner arbeitet. Auch ärztliche Zeugnisse und private oder behördlich verlangte Sachverständigenberichte gehören dem Auftraggeber, der über deren Verwendung unter Berücksichtigung des Arztgeheimnisses frei verfügen kann, aber auch für jeden Mißbrauch die Verantwortung trägt. Krankenscheine bleiben Eigentum der Krankenkasse, hingegen gehören Röntgenaufnahmen dem Patienten (gleich wie die verordneten Medikamente), auch wenn sie von der Versicherung bezahlt wurden. Hat der Patient oder ein Dritter dem Arzt selbstverfertigte Aufzeichnungen übergeben, so bleiben diese in der Regel Eigentum des Kranken oder Dritten, es sei denn, das Eigentum daran gehe an den Arzt über¹⁵.

2. Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch von Sachen, die ärztliche Berufsgeheimnisse verkörpern, kann auch durch ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem die Edition Begehrenden gerechtfertigt werden. Die Mitteilungspflicht wird dabei nicht durch Eigentum oder Miteigentum an einem Aktenstück begründet, sondern bezieht sich lediglich auf den Inhalt bzw. auf bestimmte, in der Sache enthaltene Tatsachen, für die ein rechtliches Informationsinteresse besteht. So wird vor allem der Arzt als Mandatar durch das positive Recht gegenüber dem Patienten als Mandaten zur Rechenschaftsablegung verpflichtet (OR 400) und hat ihm demnach jede gewünschte Auskunft zu erteilen. Auch die Krankenkasse oder Versicherung hat mit Einwilligung des individualberechtigten Patienten ein Recht, vom Arzt in beschränktem Rahmen Auskunft zu verlangen. Ferner hat auch der Staat einen rechtlichen Anspruch, gewisse Teile des Arztgeheimnisses zu erfahren, besonders wenn es sich um Anzeigepflichten von übertragbaren Krankheiten, Geburten, Todesfällen, Verbrechen u. a. m. handelt. Dabei wirken die öffentlich-rechtlichen Kontrollrechte des Staates unmittelbarer auf die Pflicht zur Herausgabe von, das Arztgeheimnis verkörpernden Sachen, als der privatrechtliche Exhibitionsanspruch. Der Staat hat ein qualifiziertes Interesse gewisse Tatsachen zu erfahren, die für ihn eine direkte oder indirekte Schädigung oder Gefahr bedeuten¹⁶.

¹⁵ Dazu Ebermeyer 57, ferner SAeZ 1952 p. 95 ff. (Entscheid des O.-Ger. Zürich v. 19. Okt. 1951).

¹⁶ Dazu Giesker 90 ff., 73 ff.

Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch begründet sich in der Regel auf ein Informationsinteresse. Der Berechtigte hat gegenüber dem Urkundeninhaber einen materiellrechtlichen, erzwingbaren Anspruch, sich zum Zwecke der Information den in Frage stehenden Gegenstand (Röntgenaufnahme, Untersuchungsbefund, Korrespondenzen usw.) vorlegen zu lassen, um jene Tatsachen einsehen zu können, die ihn interessieren. Es ist dabei im Gegensatz zur prozeßrechtlichen Edition gleichgültig, ob es sich um rechtlich wichtige oder unwichtige Tatsachen handelt; der Anspruch auf Einsichtnahme richtet sich lediglich nach dem dinglichen oder persönlichen Recht an dem vorzulegenden Gegenstand bzw. nach dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen dem Urkundenbesitzer und dem die Edition Begehrenden, welcher am Inhalt des Schriftstückes rechtlich interessiert ist.

Für den Arzt bestehen nur wenige, durch das positive Recht genau umschriebene Normen zur Offenbarung seines Berufsgeheimnisses. Immer hat er an erster Stelle nach dem Geheimnisberechtigten zu fragen, ohne dessen Einwilligung er als Geheimniswahrer sein Arztgeheimnis nicht preisgeben darf. Liegt die Ermächtigung des Individualberechtigten oder der in StGB 321 Ziff.2 vorgesehenen Behörde vor, so muß diese stets restriktiv aufgefaßt und ausgelegt werden¹⁷. Die Einwilligung zur Preisgabe richtet sich dabei in der Regel auf eine beschränkte Zahl von Personen oder Stellen und bezieht sich auch nur auf bestimmte Geheimnisse, selbst wenn diese Einschränkung in concreto nicht expressis verbis vorgeschrieben wird¹⁸. Eine zu weit gehende Ermächtigung zur Preisgabe der Geheimnisse kann auf Grund der zu Art.27 ZGB weiter vorne gemachten Bemerkungen rechtlich nicht wirksam sein und darf vom Arzt auch bei konkludentem Verhalten des Individualberechtigten nicht vermutet werden. Wenn zum Beispiel der Patient stillschweigend damit einverstanden ist, daß seine Ehefrau durch den Arzt über seinen Gesundheitszustand aufgeklärt wird, so will das noch nicht heißen, daß der Arzt ermächtigt wird, das Berufsgeheimnis auch gegenüber weiteren Dritten preiszugeben, seien es nun Berufskollegen, Freunde, Angehörige oder sogar die ganze Dorfbevölkerung. Jede Offenbarung des Berufsgeheimnisses bedeutet eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, ob diese schriftlich oder mündlich erfolgt, ist für den Tatbestand nebensächlich. Die Ge-

¹⁷ Dazu Giacometti ZSVG 1944 p.314ff.

¹⁸ Hafter 875, ebenso SJZ 1945 p.273ff.

heimnisoffenbarung kann allerdings dann eine erlaubte sein, wenn die vom Gesetz vorgeschriebenen Rechtfertigungsgründe vorhanden sind; in allen übrigen Fällen stellt die Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht sowohl ein Zivil- als auch ein Strafdelikt dar.

Das Einführungsgesetz (EG) zum ZGB regelt im Kanton Zürich unter dem Titel «Vorlegung von beweglichen Sachen oder Urkunden» die Exhibition dieser Gegenstände (§ 230–§ 235).

EG zum ZGB § 230: Wer ein rechtliches Interesse an der Vorzeigung einer beweglichen Sache hat und das Vorhandensein dieses Interesses bescheinigt, darf vom Inhaber fordern, daß er sie zur Einsichtnahme vorlege.

EG zum ZGB § 232: Die Einsichtnahme in eine Privaturkunde kann von jedermann, der nach dem Inhalt der Urkunde als Beteiligter erscheint, insoweit verlangt werden, als ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme bescheinigt wird.

Jedem, der demnach ein rechtliches Interesse an der Vorlegung einer beweglichen Sache hat oder als Beteiligter am Inhalt einer Urkunde rechtlich interessiert ist, steht ein materiellrechtlicher Anspruch zu, die Exhibition dieses Gegenstandes zu verlangen. Dabei richtet sich der Vorlegungsanspruch gegen jeden Besitzer der Urkunde; ob der jeweilige Inhaber geheimhaltungspflichtig ist oder nicht, ist für die materiellrechtliche Vorlegungspflicht gemäß EG ZGB irrelevant. Sofern ein rechtlich begründetes Informationsinteresse vorhanden ist, hat jeder, der die Urkunde besitzt, dem Vorlegungsanspruch Folge zu leisten und die Vorlegung und Besichtigung zu ermöglichen und zu dulden¹⁹. Weigert er sich oder bestreitet er das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses, so kann sich der Berechtigte seine rechtlichen Ansprüche durch eine Feststellungsklage bestätigen lassen und die Vorlegung und Besichtigung des Gegenstandes erzwingen. Das Gesetz selbst schützt den rechtlich begründeten Exhibitionsanspruch, indem es den sich ohne Grund weigern den Editionspflichtigen schadenersatzpflichtig erklärt. In diesem Sinne bestimmt zum Beispiel das EG zum ZGB des Kantons Zürich:

§ 234: Der Editionspflichtige haftet für allen Schaden, wenn er die Vorlegung ohne zureichenden Grund verweigert oder auf arglistige Weise verunmöglicht.

Die Pflicht zur Vorlegung und Besichtigung richtet sich somit nur gegen jene Gegenstände und Tatsachen, für die ein rechtliches Interesse besteht. Alles übrige kann der Besitzer des Gegenstandes oder der Inhaber der Urkunde geheimhalten. In bezug auf das ärztliche

¹⁹ Dazu Raschle 2 ff., Kaufmann 11 ff., Ammann 14 ff.

Berufsgeheimnis sind die Bestimmungen des EG zum ZGB (230–235) als allgemein geltende Vorschriften zu betrachten, so daß in jedem Falle einer Urkundenedition zu untersuchen ist, ob in casu das Arztgeheimnis verletzt wird oder nicht. Wird durch einen materiellrechtlichen Vorlegungsanspruch die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht gefährdet, so ist auf die strafrechtliche Gesetzesnorm, auf Art. 321 StGB Rücksicht zu nehmen, welche als spezielle Bestimmung nach dem Satz «lex specialis derogat legi generali» den erwähnten privatrechtlichen Vorschriften des Zürcher EG ZGB vorgeht. Grundsätzlich liegt die Entscheidung über die materiellrechtliche Edition von ärztlichen Akten beim Mediziner, der durch das Berufsgeheimnis zugleich ein Schweigerecht als auch eine Schweigepflicht besitzt²⁰. Berufet er sich auf seine im Gesetz ausdrücklich statuierte Schweigepflicht, so wird er trotz seiner Weigerung zur Herausgabe der unter den Schutz des Berufsgeheimnisses fallenden Gegenstände nicht schadenersatzpflichtig (Zch. EG ZGB 234). Alle übrigen Personen und private Stellen (z. B. Krankenkassen, Versicherungen usw.) sind jedoch gegenüber dem Berechtigten oder dessen Vertreter verpflichtet, die Vorlegung bzw. Einsichtnahme der in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände zu dulden. Sie sind nicht an die strafrechtliche Geheimhaltungsnorm als lex specialis gebunden, so daß für sie eine materiellrechtliche Vorlegungspflicht besteht. Allerdings bleibt es dem in seiner Geheimosphäre Verletzten vorbehalten, gegen Indiskretionen, die von nicht geheimhaltungspflichtigen Personen oder Stellen begangen werden, zivilrechtliche Maßnahmen zu ergreifen (ZGB 28, OR 41 und 49).

II. Der prozeßrechtliche Vorlegungsanspruch

Während dem materiellrechtlichen Vorlegungsanspruch ein außerprozessuales Informationsinteresse zugrunde liegt, handelt es sich bei der prozeßrechtlichen Edition um eine Beweisführung. Das Gericht fordert den Urkundeninhaber auf, sein Schriftstück vorzulegen, zu produzieren, damit daraus eine rechtlich erhebliche Tatsache bewiesen oder deren Vorhandensein zumindest indiziert werden kann. Im Gegensatz zur privatrechtlichen Vorlegungspflicht ist die Editionsspflicht im Prozeß öffentlich-rechtlicher Natur²¹. Sowohl im Straf- als auch im Zivilprozeß hat der Staat als Rechtsprecher einen

²⁰ SJZ 1952 p. 111.

²¹ Dazu Kaufmann 25, BBl 1947 p. 1015, BlZR 1942 Nr. 87.

Anspruch, zur Erforschung der Wahrheit Urkunden und andere Gegenstände herauszuverlangen und darin Einblick zu nehmen. Für den Bürger besteht deshalb entsprechend der allgemeinen Zeugnispflicht auch eine allgemeine Editionsspflicht gegenüber dem Gericht. Dabei richtet sich diese Pflicht grundsätzlich gegen jeden unmittelbaren Besitzer der als Beweismittel benötigten Urkunde; denn die Person des Inhabers ist für die Edition irrelevant, da lediglich auf das Vorhandensein resp. auf den Inhalt der Urkunde abgestellt wird. Die zeugnisverweigerungsberechtigten Verwandten und Verschwägerten der Parteien, die Ehegatten, ja selbst die staatlichen Organe und Vertrauenspersonen sind somit von der Editionsspflicht von vorneherein nicht ausgeschlossen und können demnach keine persönlichen Gründe geltend machen, um die Herausgabe zu verweigern, es sei denn, daß durch die Edition der Urkunde bzw. durch deren Inhalt schutzwürdige Interessen gefährdet werden, welche dem prozessualen Prinzip der Wahrheitserforschung entgegenstehen.

Es ist Aufgabe des Richters, alles Beweismaterial, das für die Erforschung der materiellen Wahrheit in Betracht kommen kann, zu berücksichtigen, um alsdann aus der Gesamtheit aller Beweismittel seine Überzeugung zu bilden. Dabei muß die Justiz tief in die Geheimsphäre des Einzelnen eingreifen, sei es um nach der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß die von den Parteien bezeichneten Beweise abzunehmen, oder im Strafprozeß von Amtes wegen alles herbeizuziehen, was für die Untersuchung und für den Beweis rechtserheblicher Tatsachen von Bedeutung sein kann. – Die Urkunde nimmt dabei im Beweismittelsystem eine besondere Stellung ein. Sie besitzt sowohl formelle als auch materielle Beweiskraft; einmal in bezug auf ihre äußere Struktur, ihre Echtheit und Formrichtigkeit, und andererseits auch in bezug auf die Glaubwürdigkeit und Erheblichkeit ihres Inhalts²². Die Urkundenedition im Prozeß ist daher für die Rechtsprechung unerläßlich und bildet demnach gleich wie die Zeugnispflicht eine allgemeine Bürgerpflicht.

Es würde der ratio legis widersprechen, wenn das Prozeßrecht einerseits durch Zeugnisprivilege gewisse Einschränkungen der mündlichen Zeugnispflicht gestattet, aber andererseits durch den Urkundenbeweis die schriftliche Mitteilung von Tatsachen erzwingt, über welche der Zeuge die Aussage verweigern kann. Demnach sind auch bei der Urkundenedition konsequenterweise gewisse Beweisverbote oder zumindest gewisse Einschränkungen analog dem

²² Kaufmann 7.

Zeugnisverweigerungsrecht erforderlich, so daß die in den Urkunden verkörperten, schutzbedürftigen Tatsachen der allgemeinen Kenntnisnahme entzogen bleiben. Dabei ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, daß der moderne Prozeß grundsätzlich die Öffentlichkeit nicht nur des Verfahrens vor den Parteien, sondern auch vor dem Publikum und vor der Presse kennt²³. In gewissen Kantonen ist sogar die Beratung und die Abstimmung des Gerichts öffentlich (vgl. Zürich GVG 147, Bund OG 17) und nur ausnahmsweise, wenn die Rücksicht auf Sittlichkeit oder berechnigte Interessen einer Partei es gebieten, kann die Öffentlichkeit von den Verhandlungen ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (Zürich GVG 146). Dabei besteht aber immer noch Gefahr, daß die zu schützenden Geheimnisse durch die nicht geheimhaltungspflichtige Gegenpartei weiterverbreitet werden, da diese nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs²⁴ auch bei geheimen Verhandlungen anwesend ist und ebenfalls Einblick in die vorgelegten Urkunden erhält (vgl. Zürich GVG 148).

In den schweizerischen Prozeßgesetzen sind die Regelungen sowohl über die Editionsspflicht von Urkunden als auch über allfällige Editionsverweigerungsgründe sehr uneinheitlich.

1. Eine große Gruppe von Zivilprozeßordnungen statuiert analog der Zeugnispflicht eine allgemeine Pflicht zur Vorlegung von Urkunden. Darnach hat jeder Inhaber einer Urkunde diese dem Gericht zu edieren, sofern sie geeignet ist, eine rechtlich erhebliche Tatsache zu beweisen. Die prozeßrechtliche Edition richtet sich dabei nur nach der Notwendigkeit, in einem Prozeß einen Beweis zu führen; dingliche oder persönliche Rechte an der Urkunde sind nicht erforderlich. So kann sowohl von der Gegenpartei als auch von dritten, am Prozeß unbeteiligten Personen die Herausgabe von Akten gefordert werden, «die auf den Beweis bestrittener und erheblicher Tatsachen von Einfluß sind»²⁵. Ist der Beweisführer zugleich auch Inhaber der Urkunde, so wird die Herausgabe an den Richter ohne weiteres erfolgen können. Befindet sie sich jedoch im Besitze des Gegners oder eines am Prozeß unbeteiligten Dritten, so hat das Gericht auf Antrag der beweisführenden Partei die Edition anzuordnen. Dabei kann es vorkommen, daß das Editionsverfahren in einem selbständigen Zwischenstreit durchgeführt werden muß, sei es, daß

²³ Dazu Guldener I 132.

²⁴ Guldener I 121 ff., insbes. p. 124 Anm. 12.

²⁵ St. Gallen ZPO 232, vgl. dazu Kaufmann 15 ff., Ammann 19 ff.

der Urkunden-Inhaber die Editionsspflicht bestreitet, oder den Besitz des Beweisstückes verneint ²⁶.

2. Verschiedene Prozeßgesetze beschränken die Editionsspflicht auf den materiellrechtlichen Vorlegungsanspruch des Beweisführers (z.B. Zürich ZPO 288 «Die Pflicht, Urkunden vorzulegen, richtet sich nach den Bestimmungen des Privatrechtes»). Demnach richtet sich die Herausgabe von Urkunden nicht nur nach dem prozessualen Beweisinteresse, sondern auch nach dem privatrechtlichen Vorlegungsanspruch, welcher dem Beweisführer zusteht. Obwohl die Regeln über die Urkundenedition in öffentlich-rechtlichen Prozeßordnungen aufgeführt werden, besteht nur dann ein Anspruch auf Vorlegung im Prozeß, wenn die Herausgabe der Urkunde durch die Gegenpartei oder durch Dritte kraft materiellrechtlicher Bestimmungen erzwingbar ist. Die Editionsspflicht im Prozeß setzt zudem ein rechtliches Interesse an der Herausgabe der Urkunde voraus. Dieses muß sich auf eine rechtlich erhebliche Tatsache stützen können, so daß der Richter die Zweckmäßigkeit des Urkundenbeweises als gegeben erachtet. Voraussetzung ist aber, daß der Beweisführer die Urkunde kennt, so daß er dem Richter ein rechtliches Beweisinteresse an der Vorlegung und Einsichtnahme glaubhaft machen kann.

Der materiellrechtliche Vorlegungsanspruch der Krankengeschichte an Private und Behörden richtet sich nach den Geheimhaltungsnormen des materiellen Strafrechts (StGB 321 Ziff. 1 und 2). Die Editionsspflicht von ärztlichen Akten im Prozeß wird dagegen durch das formelle Prozeßrecht geregelt (vgl. StGB 321 Ziff. 3).

Es wurde gezeigt, daß die Krankengeschichte ein sehr heterogenes Gebilde ist. Sie enthält nicht nur Geheimnisse des Patienten, sondern u.U. auch geheimnisbedürftige Mitteilungen von Drittpersonen, deren Offenbarung nur mit der Einwilligung des betreffenden Geheimnisherrn geschehen darf. Daneben kann der Arzt als Verfasser der Krankengeschichte auch ein persönliches Recht geltend machen; sind doch seine Aufzeichnungen der Form und oft auch dem Inhalt nach seine eigene Schöpfung und entspringen eigener individueller Tätigkeit, auch wenn der in der Schrift verkörperte Sachverhalt der Geheimsphäre Dritter entnommen wurde. Demnach kann sich sowohl der materiellrechtliche als auch der prozeßrechtliche Vorlegungsanspruch nur auf jene Tatsachen beziehen, deren Einsichtnahme der die Edition Begehrende rechtlich geltend

²⁶ Dazu Ammann 66 ff., Kaufmann 59 ff., Schmidt 518 ff.

machen kann. Alles andere hat der Arzt als Geheimniswahrer fremder oder als Geheimniswahrer eigener Geheimnisse (z.B. eigener wissenschaftlicher Erkenntnisse) geheimzuhalten. Verschiedene Prozeßgesetze sehen deshalb auch vor, daß Stellen, welche für den Prozeß ohne Einfluß sind, unzugänglich gemacht werden dürfen (Zürich ZPO 235, Bund ZPO 52 Ziff. 2). Der Arzt wird somit die Krankengeschichte stets nur auszugsweise in Abschrift oder in Photokopie dem Gericht vorlegen können (vgl. Zürich ZPO 234/235, Bund ZPO 52, Zug ZPO 160). Dabei hat der Richter in freier Beweiswürdigung die Beweiskraft der produzierten Kopien zu beurteilen, wobei ihm aber in verschiedenen Prozeßgesetzen immerhin die Möglichkeit eingeräumt wird, die vorgelegte Abschrift mit dem Original zu vergleichen (Bund ZPO 52 Ziff. 1, Zug ZPO 160).

Auch die Bestimmungen über die Editionsverweigerung von Urkunden im Straf- und Zivilprozeß sind sehr verschieden. Die meisten Prozeßgesetze haben es entweder unterlassen, das Berufsgeheimnis bei der Urkundenedition irgendwie zu berücksichtigen oder dann verweisen sie per analogiam auf das Zeugnisverweigerungsrecht gewisser qualifizierter Berufsgruppen.

Jene Prozeßgesetze, welche die für jedermann gültige Editionsspflicht analog der allgemeinen Zeugnispflicht geregelt haben, gewähren konsequenterweise entsprechend dem Zeugnisverweigerungsrecht auch ein Recht zur Verweigerung der Urkundenedition. So bestimmt z.B. das BG über den Bundeszivilprozeß in Art. 51 Ziff. 1:

Dritte sind verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden dem Richter vorzulegen. Sie sind dieser Verpflichtung enthoben, wenn die Urkunden sich auf Tatsachen beziehen, über die sie als Zeugen gemäß Artikel 42 die Aussage verweigern könnten. Ist die Verweigerung nur in bezug auf einzelne Teile einer Urkunde begründet, die durch Versiegelung oder auf andere Weise der Einsicht entzogen werden können, so besteht die Verpflichtung unter dieser Sicherung.

Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in den Zivilprozeßgesetzen anderer Kantone, z.B. Luzern, Bern, Zug, St. Gallen, Thurgau²⁷. Sofern für die Ausnahmen von der allgemeinen Editionsspflicht auf die Bestimmungen des Zeugnisverweigerungsrechts verwiesen wird, ergeben sich aus den betreffenden Prozeßgesetzen keine neuen Regelungen, so daß an dieser Stelle lediglich auf die weiter vorne gemachten Ausführungen über das Zeugnisverweigerungs-

²⁷ Vgl. Ulrich 46 ff., 84/85.

recht verwiesen werden kann²⁸. Demnach hat der Arzt nur dann eine unumgängliche Pflicht, seine Akten dem Gericht herauszugeben, wenn das entsprechende Prozeßgesetz die Editionsspflicht für ärztliche Akten ausdrücklich gebietet, sei es, daß es expressis verbis eine Editionsspflicht für Ärzte statuiert (was aber de lege lata in keinem schweizerischen Prozeßgesetz der Fall ist) oder dann für die Vorlegung von Urkunden auf die Bestimmungen über die Zeugnispflicht verweist, wo in einigen kantonalen und eidgenössischen Gesetzen festgelegt ist, daß der sonst geheimhaltungspflichtige Arzt bei Einwilligung des Individualberechtigten vor Gericht das Zeugnis und demnach auch die Edition von Urkunden nicht verweigern darf (vgl. BB betr. die Organisation und Verfahren des Versicherungsgerichts Art. 66 und 77)²⁹. Dabei kann jedoch stets nur von der Offenbarung jener Geheimnisse die Rede sein, über welche die Beweisführer (bzw. im eidg. Versicherungsprozeß auch seine Hinterbliebenen) als Individualberechtigte verfügen können. Über alles andere hat der Arzt zu schweigen bzw. auch die in Gegenständen verkörperten Geheimnisse zu wahren und nicht an Dritte herauszugeben.

Die Mehrzahl der Prozeßgesetze besagt nichts Näheres über das Recht zur Editionsverweigerung. Es bleibt in casu dem Richter überlassen, die Gründe nach freiem Ermessen zu würdigen, welche zur Verweigerung der Edition von Urkunden vorgebracht werden. So bestimmt Zürich ZPO 229 und 231:

§ 229: Weigert sich eine Partei, eine in ihrem Besitze befindliche Urkunde vorzulegen, so entscheidet der erkennende Richter nach Anhörung der Parteien sofort über die Vorlegungspflicht.

§ 231: Befindet sich die Urkunde, auf welche sich der Beweisführer beruft, in der Hand eines Dritten, so wird dieser durch den Richter aufgefordert, sie einzureichen, oder schriftlich die Gründe anzugeben, warum er sich hierzu nicht für verpflichtet halte.

Im Falle der Weigerung entscheidet der erkennende Richter nach freiem Ermessen, ob der Dritte zur Vorlegung verpflichtet sei oder nicht.

Wie ist nun beim Schweigen des Gesetzes in bezug auf die Offenbarung von in Urkunden verkörperten Berufsgeheimnissen zu verfahren? Es wäre unkonsequent, wenn der Richter in einem solchen Fall dem Arzt wohl sein gesetzlich statuiertes Zeugnisprivileg zugestehen,

²⁸ Vgl. die interessante Frage der Edition eines psychiatrischen Gutachtens in einem Vaterschaftsprozeß, welche das Bundesgericht in seinem Urteil vom 27. Januar 1954 entschieden hat (BGE 80 I 1 ff., SAeZ 1954 p. 131).

²⁹ Dazu Fleiner a. a. O. 259 ff.

ein analoges Recht zur Editionsverweigerung von geheimnisbedürftigen Urkunden aber verneinen würde. Bei einem Beweismittel wäre demnach die Berufsgeheimhaltungspflicht geschützt, beim anderen, nicht mehr und nicht minder wichtigen dagegen nicht. Ein sinngemäßer Ausweg aus diesem Dilemma besteht darin, daß man dem Arzt auch in jenen Fällen, wo das Gesetz über die Ausnahmen des Urkundenbeweises schweigt, ein Editionsverweigerungsrecht in dem Umfange bewilligt, als er nach der selben Prozeßordnung von der allgemeinen Zeugnispflicht befreit wird³⁰. Mit diesen Erwägungen hat auch das Bundesgericht einen Streitfall entschieden, in dem sich ein Luzerner Anwalt geweigert hat, in einem Strafverfahren seine, dem Schutz des Berufsgeheimnisses unterstellten Akten herauszugeben, obgleich das anzuwendende Luzerner «Gesetz über das Strafverfahren» (StRV) vom 7. Juni 1865 in § 110 StRV zwar eine allgemeine, für jedermann geltende Editionsspflicht vorschreibt, in § 149 StRV aber Geistlichen, Ärzten und Advokaten die Mitteilung von Berufsgeheimnissen erläßt. BGE 71 IV 173, zitiert aus einem eingeholten Bericht des Luzerner Obergerichts:

«§ 110 StRV verpflichte grundsätzlich jede an einem Strafverfahren nicht beteiligte Person zur Herausgabe von Akten, die für die Erforschung der Wahrheit von Bedeutung sein können. Ausdrückliche Ausnahmen enthalte das Gesetz nicht. Daraus dürfe aber nicht geschlossen werden, daß es nicht solche zulasse. Vernünftige Auslegung müsse zur Auffassung führen, daß der Gesetzgeber durch § 149 StRV das Berufsgeheimnis von Advokaten gegenüber Eingriffen des Strafrichters überhaupt schützen wollte, denn es fehle jeder sachliche Grund, es damit anders zu halten, je nachdem jemand zum Zeugnis aufgefordert wird oder zur Edition verhalten werden will. Wäre das Berufsgeheimnis gegenüber Editionsverfügungen nicht geschützt, so würde der von § 149 angestrebte Zweck in vielen Fällen nicht erreicht werden können. Die modernen Strafprozeßordnungen enthalten denn auch eine ausdrückliche Regelung des Inhalts, daß die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen im Umfange des Zeugnisverweigerungsrechtes nicht zur Edition verhalten werden können. Das Obergericht habe stets darauf gehalten, das achtzigjährige mangelhaft redigierte Gesetz in einer den modernen prozeßrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Weise auszulegen. Daher dürfe der Rechtsanwalt nach luzernischem Strafprozeßrecht die Herausgabe von Akten verweigern, soweit sie sich auf Dinge beziehen, für welche er das Zeugnis verweigern kann³¹.»

Aus den zitierten Erwägungen geht hervor, daß sich auch die Edition von Krankengeschichten nach dem Recht zur Zeugnisverwei-

³⁰ Dazu Ulrich 91, Roth a. a. O. 413, Krähenbühl 42 ff., Meier-Hayoz a. a. O. 6 ff.

³¹ Zit. bei Meyer-Hayoz a. a. O. 7.

gerung bestimmt, sofern das betr. Prozeßgesetz selbst keine spezielle Einschränkung für den Schutz des Berufsgeheimnisses beim Urkundenbeweis enthält.

Außer der soeben geschilderten Gesetzesinterpretation läßt sich das vielfach unklare Problem der Editionsverweigerung von geheimnisbedürftigen Urkunden auch dadurch lösen, daß man die bundesrechtliche Berufsgeheimhaltungspflicht als derogatorische Rechtsnorm über die kantonalen Vorschriften der allgemeinen prozeßrechtlichen Editionsspflicht stellt³². Der Gesetzgeber, welcher die Geheimhaltungspflicht für Berufsgeheimnisse statuierte, hat auch die Ausnahmen von dieser Regel zu bestimmen, sofern dafür ein Bedürfnis vorhanden ist. Der Richter kann nicht über bestehende Rechtsnormen hinweg nach freiem Ermessen argumentieren und neues Recht schaffen (ZGB 1 Abs.1), da nur die Rechtsordnung selbst bestimmen soll, wann und in welchem Umfange vom Gesetz abgewichen werden darf. Der Art. 321 Ziff. 3 macht zwar selbst einen Vorbehalt zugunsten eidgenössischer und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde. Das will jedoch nicht heißen, daß die ärztliche Berufsgeheimhaltungspflicht durch irgendeine beliebige eidgenössische oder kantonale Rechtsnorm durchbrochen werden kann, so daß «die Schweigepflicht des Art. 321 Ziff. 1 nur unter dem Vorbehalt der eidgenössischen oder kantonalen Rechtsordnung bestünde»³³. Die im Gesetz (StGB 321 Ziff. 3) aufgezählten Ausnahmen von der Berufsgeheimhaltungspflicht müssen restriktiv aufgefaßt werden und gelten nur dort, wo die geheimhaltungspflichtige Berufsperson durch eine spezifische und nicht durch eine allgemein gehaltene Rechtsnorm, unter ausdrücklicher Nennung des Berufsstandes zur Auskunftserteilung, zur Zeugnisablegung und implicite auch zur Edition von Urkunden verpflichtet wird. In allen übrigen Fällen und somit auch dort, wo im Gesetz nur von genereller, für jedermann geltender Editionsspflicht die Rede ist, hat der Arzt sein Berufsgeheimnis zu wahren, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, bestraft und auf Schadenersatz belangt zu werden. Selbst wenn aber der Individualberechtigte oder die in StGB 321 Ziff. 2 genannte Behörde in die Preisgabe des Berufsgeheimnisses einwilligt, ja selbst wenn eine Berufspflicht (StGB 32) oder ein Notstand (StGB 34) die Offenbarung gebietet, ist der Arzt *de lege lata* immer nur berechtigt, nicht aber

³² Dazu Blaß 135 ff., Ulrich 47, Meyer-Hayoz a. a. O. 6.

³³ Giacometti ZSGV 1944 p. 314 ff., 317 ff.

verpflichtet, im Prozeß Zeugnis abzulegen oder eine Krankengeschichte zu edieren, es sei denn, das betreffende Prozeßgesetz zwingt ihn *expressis verbis* beim Vorhandensein einer rechtlichen Einwilligung des Geheimnisherrn, auf sein Schweigerecht zu verzichten³⁴.

§ 5 DIE BESCHLAGNAHME VON KRANKENGESCHICHTEN

Im Strafprozeß gilt das Prinzip der Wahrheitserforschung von Amtes wegen. Das Gericht hat *ex officio* alles zu untersuchen, um auf Grund der freien Beweiswürdigung die gerechte Überzeugung zu gewinnen, welche entweder zum Schuldspruch (Verurteilung oder Freispruch) oder zur Einstellung des Verfahrens führen soll. Dabei spielen die verschiedenen Beweismittel für die Urteilsgrundlage eine entscheidende Rolle, insbesondere auch Schriftstücke, welche über das in der Vergangenheit liegende Delikt sowie über die Täterschaft Aufschluß geben können. Der Staat hat deshalb im Interesse der Rechtspflege bestimmte Gesetznormen aufzustellen, welche die öffentlich-rechtlichen Eindringrechte in die private Geheimosphäre umschreiben und als Ausnahmen charakterisieren, um dadurch den Bürger vor willkürlicher Anwendung der Staatsgewalt zu schützen³⁵.

Der Kanton Zürich bestimmt in seiner StPO:

§ 99: Papiere, welche sich auf das Verbrechen oder Vergehen beziehen, und Bücher oder Abschriften von Bucheinträgen, welche streitige Rechtsverhältnisse betreffen, sind zu den Akten zu erheben.

Demnach ist generell jedermann verpflichtet, Urkunden, die sich in seinem Besitz befinden und die geeignet sind, in einem Strafverfahren rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen, an das Gericht herauszugeben. Es wurde gezeigt, daß dabei die Editionsspflicht generell analog der Zeugnispflicht geregelt bzw. interpretiert wird. Demnach wird einerseits den Personen, welche ein Recht zur Zeugnisverweigerung besitzen, auch ein dementsprechendes Editionsverweigerungsrecht gewährt, und andererseits in Fällen, wo der Editionspflichtige der Herausgabe von Urkunden unbegründet keine Folge leistet, treffen ihn die gleichen Sanktionen wie den widerspenstigen Zeugen.

³⁴ Vgl. dazu BIZR 1939 Nr. 67.

³⁵ Vgl. Zürcher Kantonsverfassung Art. 6–9.

Gegen die unberechtigte Editionsverweigerung im Strafverfahren kann der Richter die Beschlagnahme der Beweisstücke anordnen. Es ist das die Wegnahme eines Gegenstandes durch die strafverfolgende Behörde, um ihn in amtlichen Gewahrsam zu bringen und als Beweismittel sicherzustellen³⁶. Dabei kann die Beschlagnahme wenn nötig sogar gewaltsam erfolgen, allerdings mit dem Recht des Betroffenen, gegen die Beschlagnahme Einspruch bzw. Beschwerde zu erheben (vgl. Zürich StPO 101, ferner StGB 289).

Krankengeschichten sind oft geeignet, in einem Strafverfahren rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen oder zumindest als Indizien dem Richter einige Anhaltspunkte über den abzuklärenden Tatbestand zu geben. Die Justiz kann demnach von Fall zu Fall ein großes Interesse haben, in einem Prozeß eine Krankengeschichte als Beweismittel zu benützen. Dabei darf jedoch die Vertrauensstellung des Arztes nie mißbraucht werden, um auf einfache Weise durch Beschlagnahme ärztlicher Aufzeichnungen Verbrechen und Vergehen aufzudecken, welche der betreffende Täter dem Arzt in äußerster Not und nur aus reinem Selbsterhaltungstrieb zur Linderung seiner Schmerzen oder zur Behandlung und Heilung einer Krankheit anvertraute. Ein in der deutschen Juristenzeitung Bd. 9 p. 354 geschildertes Beispiel vermag die Tragweite der Beschlagnahme von Krankengeschichten zu illustrieren: Anläßlich von Wahlkrawallen in Oberschlesien ließ der Untersuchungsrichter kurzerhand das Krankenjournal des Dorfarztes beschlagnahmen, um am folgenden Tag einige an den Unruhen verwundete Teilnehmer, deren Namen und Adressen er aus dem Krankenjournal entnommen hat, verhaften zu lassen. – Obwohl es sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz nach dem Wortlaut der Prozeßgesetze oft nicht von vorneherein klar hervorgeht, ob eine Krankengeschichte in casu beschlagnahmt werden darf oder ob sie auch im Strafverfahren der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht untersteht, zeigt doch das erwähnte Beispiel, daß der Untersuchungsrichter in casu seine Befugnisse mißbrauchte.

Bei der Beschlagnahme von Krankengeschichten ist zu unterscheiden, ob der Arzt als Zeuge oder als Angeschuldigter am Strafverfahren beteiligt ist. Wie gezeigt wurde, ist dem Arzt, sofern er im Prozeß als Zeuge auftritt, für Krankengeschichten und andere, ärztliche Geheimnisse verkörpernde Akten ein Editionsverweigerungsrecht im Rahmen des Zeugnisverweigerungsrechts einzuräumen, sofern das anzuwendende Prozeßgesetz nicht ausdrücklich eine Editionsspflicht

³⁶ DJZ Bd. 9 p. 355.

für Ärzte statuiert (z.B. im eidg. Versicherungsprozeß bei Einwilligung des Berechtigten bzw. seiner Hinterbliebenen). Sinngemäß ist demnach auch die Beschlagnahme von Krankengeschichten bei einem Arzt, der im Prozeß nicht Partei ist, unzulässig, sofern ihm gemäß dem anzuwendenden Prozeßgesetz ein Zeugnis- resp. Editionsverweigerungsrecht zusteht. Das Gesetz kann nicht einerseits die Geheimhaltung von ärztlichen Akten erlauben und andererseits im gleichen Verfahren die behördliche Beschlagnahme derselben anordnen.

Ein Sonderfall in bezug auf Editionsspflicht und Beschlagnahme von geheimnisbedürftigen Papieren und Gegenständen zeigt sich in der Strafprozeßordnung des Kantons Zürich. Dort wird in § 103 StPO bestimmt, daß jede am Verbrechen oder Vergehen nicht beteiligte Person zur Edition von Gegenständen und Papieren, die zur Entdeckung der Wahrheit führen können, verpflichtet ist. Ein besonderes Recht zur Editionsverweigerung wird dabei nicht eingeräumt. Dagegen kann gegen den sich weigernden Inhaber zur Hausdurchsuchung und Beschlagnahme der vorgefundenen Gegenstände und Urkunden geschritten werden. Beseitigt er die zu edierenden Beweismittel, so wird er zudem bestraft, es sei denn, er gehöre zu jenen Personen, denen gemäß §§ 129 und 130 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Die zitierten Bestimmungen erwecken den Eindruck, daß der Gesetzgeber sich selbst widerspricht, indem er dem Arzt einerseits ein Zeugnisverweigerungsrecht gewährt, nicht aber auch ein entsprechendes Recht die Herausgabe von Krankengeschichten zu verweigern; andererseits erlaubt auch das Gesetz die Beschlagnahme von ärztlichen Akten, befreit jedoch zugleich den Arzt, der diese vorsorglich vernichtet hat, um sein Berufsgeheimnis nicht preisgeben zu müssen, von der Bestrafung. Deshalb wurde verschiedentlich anerkannt, daß auch die Zürcher Strafprozeßordnung dahin ausgelegt werden müsse, daß dem Arzt, der am Strafverfahren nicht als Angeschuldigter unmittelbar beteiligt ist, im Rahmen des ihm bereits zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts (StPO 130) konsequenterweise auch ein Recht zur Editionsverweigerung eingeräumt werden muß, so daß nicht nur StGB 321 sondern auch StPO 130 als *lex specialis* der generellen Bestimmung des § 103 StPO über Hausdurchsuchung und Beschlagnahme vorgeht³⁷. Damit wird anerkannt, daß der Staat auch im Strafprozeß den Schutz der privaten Geheimsphäre, den Schutz des Vertrauens-

³⁷ BIZR 1928 Nr. 7, 1934 Nr. 65, 1949 Nr. 188, BGE 71 IV 170 ff., Meyer-

verhältnisses zwischen Arzt und Patient sowie auch das öffentliche Interesse an der Erhaltung einer gesunden Bevölkerung (vgl. Kap. 2 § 3 I) vor das Interesse einer Strafverfolgung und das Interesse an der Erforschung der materiellen Wahrheit im Prozeß stellt.

Anders verhält es sich aber, wenn der Arzt im Prozeß als Angeeschuldigter erscheint. Aus dem Zeugnis- resp. Editionsverweigerungsrecht des Arztes kann dann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der Staat das ärztliche Berufsgeheimnis auch dann schützen muß, wenn dahinter vermutete Verbrechen oder Vergehen des Arztes verborgen werden.

Die Grenzen der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht liegen, wie erwähnt wurde, im Mißbrauch und in den Interessen des Patienten. Werden bei einem angeschuldigten Arzt Krankengeschichten beschlagnahmt und den Gerichtsakten beigeordnet, so besteht immer Gefahr, daß dadurch fremde Geheimnisse verletzt werden, besonders wenn man sich bei der Durchsuchung nicht nur auf bestimmte Akten beschränkt, sondern gleich sämtliche vorgefundenen Papiere und Gegenstände beschlagnahmt, auch wenn sie mit der pendenten Untersuchung in keinem Zusammenhang stehen. Es erhebt sich somit die Frage, ob es de lege lata gerechtfertigt ist, durch Beschlagnahme von Krankengeschichten die durch das materielle Strafrecht statuierte Berufsgeheimhaltungspflicht zugunsten des prozeßrechtlichen Prinzips der Wahrheitserforschung zu durchbrechen.

Richtet sich die Beschlagnahme von Krankengeschichten gegen den angeklagten Arzt als deren Inhaber, so gelten für ihn die dem Zeugen zugestandenen Privilege zur Zeugnis- resp. Editionsverweigerung nicht. Der Beschuldigte kann aber nach allgemeinen, für alle Angeschuldigten geltenden Prozeßregeln jede Aussage verweigern,

Hayoz a. a. O. 8 ff., SJZ 1952 p. 110 ff.; vgl. auch Basel-Stadt StPO § 68 Abs. 3 und 4:

§ 68 Abs. 3: Hat eine Person eigene schriftliche Aufzeichnungen des Angeschuldigten oder Aufzeichnungen über Vorgänge in ihrem Gewahrsam, hinsichtlich deren ihr das Recht zur Zeugnisverweigerung zusteht, so unterliegen ihre Aufzeichnungen der Beschlagnahme nicht. Bei den zur Wahrung des Berufsgeheimnisses Berechtigten sind auch Mitteilungen Dritter, durch welche ihnen ein solches Geheimnis anvertraut worden ist, der Beschlagnahme entzogen.

§ 68 Abs. 4: Ist jedoch der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte der Teilnahme an der strafbaren Handlung des Angeschuldigten, der Begünstigung oder der Hehlerei verdächtig, so dürfen auch die in seinem Gewahrsam befindlichen Aufzeichnungen beschlagnahmt werden.

Vgl. auch die ähnliche Fassung der deutschen StPO § 97.

um sich nicht selbst zu belasten³⁸. Er hat wohl ein Recht zur Aussage, aber keine Pflicht. Es ist ihm sogar erlaubt, ungestraft zu lügen und niemand darf ihn zu einem Geständnis zwingen (vgl. Zürich StPO 154). Die Beschlagnahme von Beweisstücken ist dagegen grundsätzlich bei jedem Angeklagten als deren Besitzer gestattet, jedoch nur soweit, als die Vermutung besteht, daß sie sich auf das Verbrechen oder Vergehen beziehen und für den Zweck der Untersuchung von Bedeutung sind (Zürich StPO 99, 100 Abs.2). In keinem schweizerischen Strafprozeßgesetz werden jedoch die zeugnisverweigerungsberechtigten Berufspersonen im Falle einer gegen sie selbst gerichteten Strafuntersuchung *expressis verbis* verpflichtet, die Beschlagnahme ihrer geheimnisbedürftigen Akten dulden zu müssen. Es gilt nur der generelle Grundsatz, daß jeder Angeklagte der zwangsweisen Wegnahme der in seinem Besitz befindlichen Gegenstände und Papiere ausgesetzt ist, so daß zu untersuchen ist, ob diese allgemein lautende Bestimmung als Ausnahme gemäß der in Art. 321 Ziff. 3 StGB gemachten Vorbehalte gelten kann. Es wurde erwähnt, daß für den Arzt als am Prozeß beteiligte Drittperson nur dann eine Editionsspflicht für Krankengeschichten besteht, wenn eine solche ausdrücklich in der eidgenössischen oder kantonalen Rechtsordnung enthalten ist (z. B. im eidg. Versicherungsprozeß). Der Art. 321 Ziff. 3 StGB schafft diese Ausnahmemöglichkeit vom allgemeinen Berufsgeheimhaltungsprinzip. Dabei können aber nur solche Bestimmungen in der eidgenössischen und kantonalen Rechtsordnung als Ausnahme gelten, welche eine Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht ausdrücklich vorsehen, mit anderen Worten, lediglich solche eidgenössische und kantonale Vorschriften, die als spezifische Zeugnis- und Auskunftspflicht im Sinne von StGB 321 Ziff. 3 gelten und sich unmittelbar an den geheimhaltungspflichtigen Arzt wenden³⁹. Die in den Prozeßgesetzen allgemein enthaltene Regel, wonach jeder Angeklagte die Beschlagnahme von Papieren zu dulden hat, ist m. E. nicht genügend qualifiziert, um als spezifische Ausnahme von der bundesrechtlichen Berufsgeheimhaltungspflicht zu gelten, umso mehr

³⁸ BIZR 1934 Nr. 65 p. 150, ferner Basel StPO 26: Der Angeschuldigte ist nicht zur Aussage verpflichtet. Verweigert er die Aussage, so ist das Verfahren ohne Rücksicht darauf weiterzuführen.

Die Verweigerung der Auskunft und die Erteilung unrichtiger Auskunft darf nicht als Ungebühr bestraft werden.

³⁹ Der Richter kann auf Grund von StGB 32 auch andere Rechtfertigungsgründe für die Offenbarung des Arztgeheimnisses anerkennen als die in StGB 321 Ziff. 3 genannten Fälle von Auskunfts- und Zeugnispflicht (vgl. Kap. 2 § 4).

sich die Justiz auch in anderen Fällen (Zeugnis- und Editionsverweigerung) damit einverstanden erklärt, den Schutz der Geheimsphäre des Privaten und die Erhaltung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient in casu vor das prozessuale Prinzip der Wahrheitsforschung zu stellen (vgl. Giacometti ZSGV 1944 p. 314ff.).

Der in der Praxis wohl häufigste Fall einer Strafuntersuchung gegen Ärzte bildet die Anklage wegen unerlaubter Abtreibung. Sofern ärztliche Aufzeichnungen vorhanden sind, hat der Untersuchungsrichter ein großes Interesse, die Herausgabe dieser Akten zu verlangen oder gleich zur Beschlagnahme der Krankengeschichte und Indikationszeugnisse zu schreiten. Einmal soll der im Strafverfahren zur Diskussion stehende Tatbestand durch die betreffende Krankengeschichte abgeklärt werden; daneben haben aber die Aufzeichnungen zugleich auch darüber Auskunft zu geben, ob der Arzt noch weitere strafbare Eingriffe vorgenommen hat, so daß auch bei den übrigen Krankengeschichten zu vermuten ist, daß sie sich auf Verbrechen oder Vergehen beziehen und für den Zweck der Untersuchung von Bedeutung sind. Fraglich ist jedoch, ob gegen den geheimhaltungsberechtigten Arzt allein auf Grund einer allgemein geltenden Bestimmung zur Beschlagnahme seiner Akten geschritten werden darf, oder ob diese prozeßrechtliche Gesetzesnorm die Durchbrechung des Geheimhaltungsprinzips nicht erlaubt, da sie nicht als Ausnahme im Sinne von StGB 321 Ziff. 3 gelten kann.

Die Zürcher Gerichte hatten sich im Jahre 1952 mit der Frage der Beschlagnahme verschiedener ärztlicher Akten und Papiere (Krankengeschichten, Apothekerrechnungen, Postempfangsscheine, Postgirozettel und andere vom Gerichtsmediziner bezeichnete Blätter) zu befassen⁴⁰. Mit Recht wurde vor allem von den Untersuchungsbehörden eingewendet, daß die Verfolgung und Ahndung deliktischer Handlungen, insbesondere die Feststellung der Gewerbsmäßigkeit von Fällen aktiver Abtreibung und gleichzeitig auch die Abklärung eventuell zahlreicher strafbarer passiver Schwangerschaftsunterbrechungen ohne die Möglichkeit einer Beschlagnahme von ärztlichen Akten erheblich erschwert oder gar verunmöglicht werde. Dem Schutz des Arztgeheimnisses müssen dann Grenzen gesetzt werden, wenn es gilt, Verbrechen und Vergehen aufzudecken und zu sühnen. Sofern nämlich die Beschlagnahme, Durchsuchung und Verwertung

⁴⁰ Diese Entscheide wurden nicht veröffentlicht; vgl. jedoch SAeZ 1952 p. 482 sowie den sog. Amberger-Fall, wörtl. wiedergegeben im Bayerischen Ärzteblatt 1950 p. 165 ff.

von Krankengeschichten und anderen ärztlichen Akten nicht gestattet werde, verunmögliche man der Staatsanwaltschaft als Organ der Strafrechtspflege bei Officialdelikten von Amtes wegen den Tatbestand soweit zu ermitteln, daß entweder Anklage erhoben oder das Verfahren eingestellt werden könne (Zürich StPO 30); zugleich hindere man die Untersuchungsbehörde in der Ausübung ihrer amtlichen Funktionen und verletze die ihr zukommenden Parteirechte im Strafprozeß (vgl. Zürich StPO 430 Ziff. 4).

Diesen Erwägungen der Befürworter einer Beschlagnahme von Papieren und Gegenständen beim angeschuldigten Arzt ist entgegenzuhalten, daß ein Strafverfahren nicht unter allen Umständen eine Durchbrechung des allgemeinen Berufsgeheimhaltungsprinzips rechtfertigt. Wenn die Staatsanwaltschaft behauptet, daß ohne die Möglichkeit einer Beschlagnahme, Durchsuchung und Verwertung ärztlicher Akten in casu Strafuntersuchungen wegen gewerbsmäßiger Abtreibung und passiver Schwangerschaftsunterbrechungen verunmöglicht werden, so ist dieser Einwand insofern unerheblich, da es nicht auf die künftigen Auswirkungen einer Maßnahme ankommt, sondern auf ihren rechtlichen Sinn (aus dem Entscheid des Kassationshofes des schweiz. Bundesgerichts vom 13. Juni 1952).

Es widerspricht dem Sinn des ärztlichen Berufsgeheimnisses in jenem Fall die Beteiligten zu schützen, wo eine Frau durch einen Arzt eine illegale Abtreibung vornehmen läßt. «Wollte hier das Arztgeheimnis bejaht werden, dann würde dieses nicht mehr der Erhaltung von Leben und Gesundheit dienen, sondern gegenteils verbotene Angriffe auf die Gesundheit und das Leben erleichtern. Eine derartige Anrufung des Arztgeheimnisses wäre aber zweifellos mißbräuchlich und nicht zu schützen. Abgesehen davon käme hier das Arztgeheimnis wohl auch deshalb nicht mehr in Betracht, weil strafbare Abtreibungen kaum noch als ärztliche Berufsausübung im Sinne von Art. 321 StGB betrachtet werden dürfen. Soweit die Strafuntersuchung hinreichende Anhaltspunkte dafür bietet, daß bestimmte Patientinnen den Arzt für eine Abtreibung aufgesucht haben, kann deshalb der Durchsuchung auf sie bezüglicher Aufzeichnungen das Arztgeheimnis nicht entgegengehalten werden, unbekümmert darum ob die Papiere im Eigentum des Arztes stehen oder der Patientinnen. Die Tatsache allein, daß eine Frau sich in die Behandlung des fehlbaren Arztes begeben hat, begründet diesen Verdacht selbstverständlich nicht⁴¹.» Obwohl gegenüber dem eines Verbrechens

⁴¹ O.-Ger. Zürich II. Z. K. Nr. 1 Str. vom 13. Mai 1952.

oder Vergehens angeschuldigten Arzt sowie gegenüber den verdächtigen Patientinnen Rücksichten wenig am Platze sind (vgl. BIZR 1934 Nr. 65 Erw. 5b), folgt daraus nicht, daß auf die schutzwürdigen Interessen jener Patienten keine Rücksicht genommen werden muß, welche an den strafbaren Handlungen ihres Arztes unbeteiligt sind, und welchen die Berufsgeheimhaltungspflicht in erster Linie zu dienen hat. Die Schutzunwürdigkeit des angeklagten Arztes darf nicht dazu führen, daß wegen vereinzelter Verdachtsmomenten berechnigte Privatinteressen einer Mehrzahl unschuldiger Patientinnen durch die Beschlagnahme in die Untersuchung einbezogen werden. Diese brauchen sich eine solche ungerechtfertigte Verletzung ihrer Geheimsphäre nicht gefallen zu lassen (vgl. Zürich StPO 102 Abs. 1). Man kann es nicht als unvermeidliche Folge jeder Strafuntersuchung, die sich auf einen größeren Kreis von mitangeschuldigten Personen bezieht, auslegen, daß höchstpersönlichste Rechte einer noch größeren Zahl anderer, unschuldiger Patienten verletzt werden, die seinerzeit als Hilfesuchende dem nunmehr angeschuldigten Arzt im Interesse einer erfolgreichen Behandlung ihrer Krankheiten intime Geheimnisse anvertrauten. Diesen Patienten muß der Schutz des Arztgeheimnisses weiterhin zugute kommen; und auch der angeschuldigte oder angeklagte Arzt ist grundsätzlich für alle im Sinne von StGB 321 anvertrauten oder wahrgenommenen Berufsgeheimnisse schweigepflichtig, so daß es nicht nur sein Recht sondern auch seine Pflicht ist, sich jeder Verletzung schutzwürdiger Berufsgeheimnisse zu widersetzen, um so mehr, da die Mehrzahl seiner Patienten in der Regel von einem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren keine Kenntnis erhält, so daß er an ihrer Stelle als Inhaber oder Verfasser der geheimzuhaltenden Papiere gegen jede ungerechtfertigte Verletzung des Arztgeheimnisses reagieren muß.

Wie weiter vorne dargelegt wurde, behält die bundesrechtliche Berufsgeheimhaltungspflicht grundsätzlich auch im Prozeßrecht ihre Geltung⁴². Auf Grund des Vorbehaltes von Art. 321 Abs. 3 StGB können die Kantone zwar die bundesrechtlich geheimhaltungspflichtigen Personen zu Aussagen und zur Aktenedition anhalten und ihnen implicite auch die Duldung einer Beschlagnahme auferlegen. Dafür sind aber kantonale Sondervorschriften notwendig, die sich eindeutig an die geheimhaltungspflichtigen Berufsgruppen wenden müssen. Die Untersuchungsbehörden haben m. E. auch beim angeschuldigten Arzt ohne solche ausdrückliche Bestimmungen kein

⁴² Vgl. Guldener I p. 302 Anm. 24b.

Recht, Akten zu beschlagnahmen, die dem Schutz des Berufsgeheimnisses unterstehen. Jene Akten aber, die sich eindeutig auf ein Delikt beziehen, sind von vorneherein dem rechtlichen Schutz des Arztgeheimnisses entzogen. Bei begründetem Verdacht gegen bestimmte Patientinnen kann der Arzt deshalb zur Edition dieser, der bundesrechtlichen Geheimhaltungspflicht nicht unterliegenden Beweisstücke angehalten werden und, sofern er sich weigert, die Beschlagnahme dieser, auf das Delikt sich beziehenden Akten verfügt werden. Es ist m.E. jedoch unzulässig kurzerhand bei einem angeschuldigten Arzt sämtliche, oft Jahre zurückreichende Schriftstücke zu beschlagnahmen um so unter Verletzung einer Unzahl berechtigter Privatgeheimnisse einige bisher unbekannte strafbare Handlungen zu entdecken, die ohne den in casu gänzlichen Verzicht auf das Arztgeheimnis verborgen geblieben wären. Ein solches rigoroses Vorgehen kann de lege lata kaum mehr als gesetzmäßige Untersuchungshandlung betrachtet werden. Zudem wäre es bei der Beschlagnahme des gesamten Aktenmaterials eines angeschuldigten Arztes vielfach auch ungewiß, ob die Durchsuchung weitere Delikte zutage fördert, da man mit gutem Grund annehmen kann, daß der verbrecherische Arzt über seine illegalen Eingriffe keinerlei ihn belastende Aufzeichnungen machen wird, sofern er befürchten müßte, beim geringsten Verdacht die Durchsuchung aller beruflichen Schriftstücke zu riskieren.

Es befriedigt zwar nicht, daß der fehlbare Arzt sekundär Nutznießer des primären Geheimnisschutzes seiner unschuldigen Patientinnen wird, denn durch die Respektierung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht beim angeschuldigten oder angeklagten Arzt werden u. U. Fälle von strafbaren Schwangerschaftsunterbrechungen der gerechten Strafverfolgung entzogen. Allein, das Wesen des Arztgeheimnisses erfordert oft einen Kompromiß in der Abwägung der sich in casu gegenüberstehenden Interessen. Daß dabei ein verbrecherischer Arzt und seine fehlbaren Patientinnen unter Umständen aus der Wahrung der berechtigten Interessen aller übrigen, schuldlosen Patienten ungerechtfertigt Nutzen ziehen könnte, ist auch nach der Ansicht des Zürcher Obergerichts (II. Z. K. Nr. 1 Str. A. K. v. 13. Mai 1952) «weniger stoßend, als wenn beim Vorgehen gegen einen verdächtigen Arzt das ärztliche Geheimnis auch dort durchbrochen wird, wo es in erster Linie zu wahren wäre, nämlich gegenüber den Patienten, gegen welche nichts anderes vorliegt, als daß sie bei diesem Arzt einmal in Behandlung waren».

Die Gerichte haben mit einer einzigen mir bekannten Ausnahme⁴³ die Beschlagnahme von Krankengeschichten beim angeschuldigten Arzt als berechtigt erklärt⁴⁴. Demnach soll das Berufsgeheimnis in dem Falle nicht geschützt werden, wo es vom Arzte mißbraucht werden kann, um eigene oder fremde Verbrechen oder Vergehen zu verheimlichen. Immerhin sollte *de lege ferenda* die Sichtung der beschlagnahmten Krankengeschichten vor allem mit Rücksicht auf die darin verkörpertten verschiedenartigen Geheimnisse einem Vertrauensarzt (z.B. Bezirksarzt, Ärzte des gerichtsmedizinischen Instituts oder der kantonalen Krankenanstalten) übertragen werden, wobei diese Ärzte als Beamte verpflichtet sind, Wahrnehmungen, die geeignet sind, das Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens zu beweisen oder wahrscheinlich zu machen, der Anklagebehörde anzuzeigen (vgl. Zürich StPO 21). Einerseits wird der Untersuchungsrichter wohl kaum je imstande sein, als medizinischer Laie die Krankengeschichte zu lesen und zu verstehen, und andererseits soll ein Arzt als Experte jene Aufzeichnungen von den Gerichtsakten ausschließen, welche keine strafbaren Tatbestände enthalten und nicht geeignet sind, dem Richter rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen. Dadurch wird die Geheimsphäre derjenigen Patienten oder Dritten vor ungerechtfertigten Eingriffen der Justiz geschützt, welche an der strafbaren Handlung des Arztes nicht beteiligt sind. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, daß selbst dann, wenn die Durchsuchung sämtlicher beschlagnahmter Akten durch einen ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichteten Untersuchungsrichter oder durch einen Amtsarzt als sachverständiger Gehilfe der Untersuchungs- und Anklagebehörde erfolgt, das Arztgeheimnis und damit die Geheimsphäre zahlreicher unschuldiger Patienten verletzt wird, da grundsätzlich die Berufsgeheimhaltungspflicht gegenüber jedermann und somit auch gegenüber anderen Ärzten gilt.

Mit Recht hat Prof. F. Schwarz vom gerichtsmedizinischen Institut der Universität Zürich an der Frühjahrstagung 1952 der schweizerischen kriminalistischen Gesellschaft die Frage aufgeworfen, ob es sich lohne, trotz der Möglichkeit, einen Rechtsbrecher zu fassen und einen unerlaubten Eingriff zu bestrafen, die Beschlagnahme von Krankengeschichten zu verfügen und damit das Prinzip des absolu-

⁴³ Entscheid der St.-Galler Anklagekammer i.S. Dr.med.E.F. vom 30. Okt. 1924, zit. in BIZR 1934 Nr. 65.

⁴⁴ Vgl. BIZR 1928 Nr. 7, 1934 Nr. 65, 1949 Nr. 188, SJZ 1952 p. 110ff., SAeZ 1952 p. 482.

ten Vertrauens zu durchbrechen. Auf alle Fälle ist bei der Durchsuchung von Ärztekarteien zu prüfen, ob in casu das allgemeine staatliche Interesse nach der Erforschung der Wahrheit nicht doch dem wertvolleren Prinzip der Geheimniswahrung nachzustehen hat, um so mehr, da de lege lata die Rechtsgrundlage einer solchen Verletzung der ärztlichen Berufsgeheimhaltungspflicht nicht gegeben ist.

CURRICULUM VITAE

Ich wurde am 12. August 1925 in meiner Vaterstadt Zürich geboren. Hier besuchte ich die Primar- und Sekundarschule sowie das kantonale Gymnasium. Nach bestandener Maturitätsprüfung studierte ich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich sowie im Jahre 1947 an der Faculté de Droit in Paris. Nach einem dreijährigen Unterbruch, während dem ich mich praktisch betätigt hatte, beendete ich mein Studium am 8. Mai 1954 an der Universität Zürich mit dem Doktor-examen.

